

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



EFFECTOS DE LA LEY 20.050 SOBRE EL RECURSO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL
COMO MECANISMO JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN
DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

ANDRÉS SEBASTIÁN VERA VERA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: VLADIMIR RIESCO BAHAMONDES

VALDIVIA - CHILE

2012

Informe Memoria de Prueba

Señor:
Dr. José Ángel Fernández Cruz.
Director Instituto Derecho Público
Presente.

De mi consideración:

Por este medio informo la memoria de prueba **“Efectos de la Ley 20.050 Sobre el Recurso de Protección Ambiental como mecanismo Jurisdiccional de Impugnación de la Resolución de Calificación Ambiental”**, de don **Andrés Sebastian Vera Vera**.

La memoria se desarrolla en torno a cuatro capítulos y unas conclusiones, donde se analiza la relación entre el recurso de protección ambiental y los actos discrecionales de la administración, específicamente aquellos dictados en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental.

En el capítulo primero se analiza la garantía constitucional del Derecho a Vivir en un Medio ambiente Libre de Contaminación, su historia, alcance y los deberes del estado frente a ella.

En el Capítulo Segundo se estudia el recurso de protección ambiental, tanto en sus conceptos fundamentales como en sus requisitos de interposición y su reforma por la ley 20.050.

En el Capítulo Tercero, se trata la discrecionalidad de los actos de la administración en los procedimientos administrativos contemplados en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sus límites e importancia.

Finalmente en el Capítulo Cuarto, se analiza jurisprudencia administrativa en relación con el ejercicio de la discrecionalidad por parte de los órganos de la administración del estado, especialmente en torno a la procedencia del recurso de protección ambiental frente a los mismos.

Los temas tratados por esta memoria, constituyen una adecuada aproximación y tratamiento a la procedencia de la interposición de recursos de protección frente a los actos discrecionales de la administración del estado dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por lo expuesto, la memoria objeto de este informe representa una labor de investigación, acorde con su carácter de requisito habilitante para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, significa además serio aporte a la discusión del tema en estudio.

Por las consideraciones expuestas, soy de la opinión de calificar esta memoria con nota seis coma cinco (6,5), salvo, el mejor parecer de Ud.

Sin otro particular, le saluda.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vladimir Riesco Bahamondes'. The signature is stylized and somewhat cursive, with a large loop at the end.

Vladimir Riesco Bahamondes
Profesor de Derecho Ambiental
Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile.

RESUMEN

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido, desde su génesis, una prerrogativa de poco desarrollo normativo, consecuencia de la incipiente actividad económica, el déficit energético y del aumento demográfico de las grandes ciudades. Los ciudadanos, en la necesidad de proteger su entorno, utilizan el recurso de protección como la vía más idónea contra la resolución de calificación ambiental, acto que califica ambientalmente los grandes proyectos. La reforma del año 2005, que modifica el recurso, significó un retroceso en materia ambiental y acentuó la búsqueda de otras vías de impugnación más eficientes. La presente tesis examina las consecuencias de la reforma y plantea a la facultad del Servicio de Evaluación Ambiental como una solución accesible antes de la llegada de los tribunales ambientales.

ABSTRACT

The right to live in a free environment of pollution has been, from its genesis, a prerogative of little normative development, consequence of the incipient economic activity, the energetic deficit and of the demographic increase of the big cities. The citizens, in the need to protect their environment, use the protection resource as the most suitable route against the resolution of environmental qualification, act that qualifies environmentally the big projects. The reform of the year 2005, which modifies the resource, meant a setback in environmental matter and accentuated the search of other most efficient routes of challenging. In the present paper I examined the consequences of the reform and raises to the faculty of the Service of Environmental Evaluation as an accessible solution before the arrival of the environmental courts.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	2
1 La Garantía Fundamental del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente libre de Contaminación.	2
1.1 Historia y consagración normativa	2
1.2 Alcance y Naturaleza Jurídica	4
1.3 El Doble Deber del Estado en Materia Ambiental y su Carácter Normativo	9
CAPÍTULO SEGUNDO	11
2. El Recurso de Protección Ambiental.....	11
2.1 Generalidades y Consagración Normativa.....	11
2.2 Requisitos del Recurso de Protección Ambiental: La doble antijuricidad	13
2.3 Reforma Ley 20.050 sobre doble antijuricidad: Génesis y Efectos.....	16
CAPÍTULO TERCERO.....	21
3. La Discrecionalidad Administrativa en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)	21
3.1 Concepto de Discrecionalidad	21
3.2 Discrecionalidad Técnica en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA)	25
3.3 Límites a la Discrecionalidad Técnica e importancia del Recurso de Protección como mecanismo jurisdiccional de impugnación de la RCA	29
CAPÍTULO CUARTO.....	38
4. Análisis de Jurisprudencia: La Discrecionalidad Técnica y el Recurso de Protección Ambiental como mecanismo jurisdiccional	38
4.1 Evolución Jurisprudencial	38
4.1 Posibilidad de revisión judicial de la RCA. Especial referencia al Caso Campiche y Caso Tranque el Mauro.....	39
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47

INTRODUCCIÓN

Actualmente la demanda energética en Chile es una característica propia de países en desarrollo, consecuencia del aumento de la población y el gasto energético de las industrias que exportan y de aquellas transnacionales que utilizan nuestros propios recursos naturales para fabricar bienes que después nos venden, lo cual no es una novedad. En el afán por suministrar dicha energía, la cantidad de proyectos industriales ha crecido en los últimos 10 años, conforme también crece el nivel de industrialización que trae consigo nuevas oportunidades laborales y permite que la amenaza de un déficit energético tenga un matiz más apocalíptico que de realidad pura. En este contexto, proyectos como HidroAysén o la Termoeléctrica Castilla representan la dualidad en la búsqueda de alternativas energéticas y también ocasionan la ponderación entre principios como el derecho a realizar cualquier actividad económica lícita y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin perjuicio de ello, existe actualmente una desconfianza en el sistema de evaluación de impactos ambientales, que sin duda, están ínsitos en toda ejecución de proyectos de gran envergadura, producto de una pasividad de la Administración del Estado al calificar los impactos y la poca efectividad de los instrumentos ambientales disponibles para la población en su legítimo derecho a vivir en un ambiente incontaminado.

Ante la “nula” respuesta de los órganos estatales por dar tutela efectiva a los afectados por la construcción de estos megaproyectos ambientales, la mayoría acude sin vacilación al Recurso de Protección Ambiental como la vía judicial más rápida y útil en la protección de sus derechos. La ausencia de un procedimiento contencioso administrativo en la materia, provoca que la calificación de los proyectos termine siendo conocida en instancias judiciales por los Tribunales, mezclando lo jurisdiccional con lo técnico administrativo, sobretodo en lo que dice relación con el análisis de los aspectos técnicos de un proyecto, que en definitiva resulta ser determinante para dar luz verde a su fase de construcción.

La presente memoria de tesis tiene por objeto analizar la condición actual del Recurso de Protección Ambiental como vía de impugnación jurisdiccional de los actos administrativos de carácter ambiental, luego de la reforma del 2005 que vino a modificar sus causales y debilitó la tutela efectiva. Junto con ello, se analizará la discrecionalidad técnica de la administración y el rol preponderante que juega ésta en la evaluación ambiental de proyectos, que se vio legitimada a causa también de la reforma, y las vías administrativas disponibles en caso de que dicha facultad de la administración cause agravio o perjuicio. Finalmente, daremos a conocer nuestra hipótesis o solución al problema propuesto, en base a las facultades actualmente vigentes del Servicio de Evaluación Ambiental, respuesta dada en suspenso ya que todavía no experimentamos las ventajas de los Tribunales Ambientales.

CAPÍTULO PRIMERO

1 La Garantía Fundamental del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente libre de Contaminación.

1.1 Historia y consagración normativa

El artículo 19 número 8 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) prescribe: “La Constitución asegura a todas las personas: 8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. / La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Más allá de las consideraciones que se tuvieron en cuenta para la incorporación de este derecho como garantía fundamental, que son elementales a la hora de establecer su objeto de protección, diremos por el momento que este derecho debe su consagración a un Memorandum de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante CENC), particularmente en la sesión número 18 del 22 de noviembre de 1973, donde el comisionado señor Sergio Diez, en referencia a la discusión del párrafo sobre los Derechos Humanos, formuló la siguiente observación respecto a su redacción: “*asimismo, para la protección del derecho a la vida de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del Medio ambiente*”¹. La referencia antes citada, era fruto de la influencia provocada por la idea universalmente consagrada de los Derechos Humanos y la indudable vinculación del ser humano con su entorno, que significaron un cambio de matriz en la preocupación por la naturaleza y una tendencia de los Estados en general por la protección constitucional del ambiente. La primera interrogante que debió resolver la CENC fue decidir si consagrar o no el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a partir de la indicación del comisionado Diez, y declarar su naturaleza autónoma habida consideración de las demás garantías constitucionales; la segunda fue, determinar los límites del objeto en protección. Las sesiones se centraron, en primera instancia, en calificar el derecho como un símil del derecho a la vida o el derecho a la salud, básicamente por la innata proyección que tenía el ambiente en la calidad de vida de las personas, y bajo esa consideración, no resultaba útil consagrarlo de forma independiente. No obstante ello, primó la importancia del derecho como parte de la esencia del ser humano, y por ende, provisto de un carácter individual y autónomo no sinónimo de otros derechos igualmente consagrados.

¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión número 18, celebrada el 22 de Noviembre de 1973, pp.21-33, disponible en <http://actas.minsejpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=513>, consultado el día 08 de Junio de 2012.

La observación del comisionado Diez fue el comienzo de una extensa discusión acerca de la naturaleza del derecho en cuestión, y por consiguiente de su calidad, ya sea como prestación, como derecho-deber, derecho social, etc., que reflejaron dos aproximaciones en el seno de la CENC, por un lado *“aquella que establecía que el derecho al ambiente representaba una parte constitutiva del bien común, cuya satisfacción correspondía al Estado (...) y que, por su evidente pertenencia a todas las personas, no estaría radicado en sujetos determinados, sino diseminado en la colectividad toda(...) y cuya naturaleza prestacional impide que su insatisfacción sea calificada como prerrogativa constitucional ni tampoco susceptible de acción jurisdiccional que la hiciera exigible”*²; y la segunda postura, que coincidía con la primera en el sentido de considerar a este derecho como constitutivo del bien común, pero que ello *“no era razón para no especificar ese deber a propósito del medio ambiente”*, y agregaba que *“de todos modos, era un derecho (...) íntimamente vinculado con el derecho a la vida y a la salud de las personas (...) lo que reivindicaba el carácter individual del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, lo que terminó por imponerse”*³.

De esta manera, la CENC no debatió en extenso acerca de la norma constitucional, sino hasta la discusión respecto de los derechos y deberes fundamentales, en la sesión número 8, oportunidad en la cual el comisionado Evans de la Cuadra formuló la siguiente indicación: *“La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación. Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado, y tutelar la preservación de los recursos naturales”*⁴. A raíz de lo anterior, el comisionado Diez formuló una observación referente a la eliminación de la palabra “toda” de la redacción, entendiendo que *“la frase “libre de contaminación” alude al sentido de un ambiente natural que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales, porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de toda contaminación”*⁵. Observaciones de carácter cuantitativo y cualitativo que, junto con otras referentes al contenido del derecho y la falta de definición de “medio ambiente”, no distaron mucho de la redacción definitiva que consagró el Acta Constitucional número 3 del año 1976, que pasaría luego al texto definitivo de la Constitución de 1980.

² Guzmán, R., *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, aspectos sustantivos y adjetivos, historia, doctrina y jurisprudencia*, Ed. LexisNexis, Santiago, (2005), p.25

³ Ídem.

⁴ Indicación que se analizó posteriormente en la sesión 186 de la CENC

⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión número 186 celebrada el 22 de Noviembre de 1973, pp.2-24, disponible en <http://actas.minsejpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=203>, consultado el día 08 de Junio de 2012

1.2 Alcance y Naturaleza Jurídica

A partir de la consagración normativa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el otro gran punto de inflexión entre los comisionados fue sin duda, definir el alcance de dicho derecho, estableciendo el objeto de protección. Dadas las particularidades del ambiente y su carácter de término jurídico indeterminado, resultó difícil consignar el real alcance de la prerrogativa, toda vez que ya el propio concepto de “medioambiente” resulta impreciso dado su origen técnico científico que imposibilita una adecuada adopción por parte de la ciencia jurídica. Como se describía en el primer apartado, muchos lo posicionaron dentro del derecho a la salud, ya que un ambiente libre de contaminación, era similar a exigir un ambiente “sano” o “saludable”, lo que demostraba la poca utilidad que significaría en la práctica otorgar protección jurídica al ambiente. Sin embargo, el derecho a un ambiente libre de contaminación, como garantía individualmente considerada, terminó por posicionarse, y entonces fue necesario definir qué carácter o qué naturaleza jurídica ostentaba, para así, configurar de mejor manera el objeto de protección.

Ahora bien, para determinar el objeto del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, es necesario precisar el carácter autónomo de dicho derecho, sobretudo por la insistencia de una parte de la doctrina en considerarlo sinónimo del derecho a la vida o el derecho a la salud. No cabe duda que el derecho a un ambiente incontaminado tiene directa relación con el derecho a la vida, en la medida que lo que protege el artículo 19 número 8 es el “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación, no protege el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a “vivir en él”⁶. De ahí que se siga que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación posee un carácter marcadamente antropocéntrico, ya que protege al ambiente en relación con el ser humano, como parte de su entorno y no al ambiente individualmente considerado y cuya titularidad corresponde per se a las personas naturales, hombres y mujeres, por ser ellos lo que constantemente interaccionan con el ambiente y los elementos que lo forman.

A ciencia cierta, parece poco óptimo restringir el objeto del derecho a un renvió al derecho a la vida, básicamente porque le impide reconocimiento y desarrollo normativo propio, por eso es dable concluir que determinada la protección del ambiente mediante su reconocimiento constitucional, lo es de forma independiente frente a las demás prerrogativas constitucionales. Sin perjuicio de que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea una proyección obvia del derecho a la vida, no puede considerarse incluido éste en aquél, ya que “una

⁶ Cfr. Bermúdez, J., “El Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°21 (2000), pp. 9-25, disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/451/422>, consultado el día 07 de junio de 2012

perspectiva tan restrictiva lleva a privar de virtualidad jurídica al derecho al medio ambiente libre de contaminación, toda vez que (...) las esferas de protección que otorgaría el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación coincidirían con esferas ya protegidas por otros derechos, pero a través de mecanismos de tutela más restrictivos”⁷. La gran mayoría de la doctrina chilena se decanta por afirmar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación lo que realmente protege es la vida, integridad física o psíquica o la protección de la salud, de ello se desprendería que “este derecho no protegería bienes jurídicos nuevos dentro del orden constitucional, sino que reforzaría los ya tradicionalmente existentes”⁸. Sin embargo, en la mayoría de los casos se estaría confundiendo el derecho con el supuesto de hecho objeto de la garantía, ya que la contaminación del medio ambiente sería tan sólo una nueva modalidad fáctica de un daño a la vida, integridad física o psíquica o a la salud emanadas del desarrollo industrial y no una afectación propia del derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

Por otro lado, si afirmamos el carácter autónomo del derecho, no limitándolo a una simple sinonimia del derecho a la vida, también deberíamos reconocer sus respectivos límites, en el sentido de no ampliar de forma innecesaria el objeto del derecho, es decir, atendido el carácter científico y técnico que rodea la protección del medio ambiente, y de la propia definición que entrega el legislador, no sería ridículo establecer que cualquier tipo de elemento, ya sea biológico, químico o físico que conforme el medio ambiente y que sea intervenido, es suficiente para que opere la garantía y por tanto, para afirmar que el derecho ha sido vulnerado. El artículo 2 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA) en la letra II) establece que se entenderá para todos los efectos legales como medio ambiente: *el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*, lo que sin duda, supera ampliamente el objeto de protección, determinando que todo tipo de elemento que sea parte de ese sistema global y que sea afectado, puede ser constitutivo de una acción cautelar constitucional. No obstante, no sería apropiado fijar los límites en base al propio concepto de medio ambiente que entrega el legislador, ya que otorgaría omnipotencia jurídica a un derecho que de por sí no es posible definir, y ello porque “*expandir tanto el área de influencia del derecho, basado en los elementos en que se fragmenta el medio ambiente, equivale a decir que medioambiente es todo, pero también nada, dada la imposibilidad de particularizarlo en elementos concretos que permitan articular los mecanismos de protección jurídica*”⁹.

⁷ Ídem.

⁸ Bordalí, A., *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*, Ed. Fallos del mes, Santiago (2004), p.109.

⁹ Bermúdez, J., Ob. Cit. p.15

Habiendo descartado la visión restringida del derecho que lo acercaba al derecho a la vida o al derecho a la salud, perdiendo toda operatividad, que no obstante incluirlos en su sustrato jurídico, son parte de derechos independientes y distintos al vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y descartada también aquella visión más amplia que reconocía como objeto del derecho a todos los elementos que conforman el medio ambiente, haciendo casi imposible e ilusoria³ una garantía adecuada ante elementos difícilmente particularizables, resulta necesario entonces adscribirse a una teoría intermedia que sin desconocer las anteriores visiones, intente demostrar cuál es el objeto de protección en base a las particularidades del derecho en estudio.

El artículo 2 de la LBGMA entrega una serie de definiciones legales que no hacen más que rectificar la labor de desarrollo normativo que tiene la Ley 19.300 respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y entre esas definiciones establece, en la letra m) que un medio ambiente libre de contaminación *es aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental*. El concepto precedente posee elementos que es importante tomar en consideración para conocer en definitiva qué protege y hasta dónde protege el derecho del artículo 19.8 CPR. El legislador pone énfasis en los conceptos de “riesgo” y “calidad de vida”, por lo que, primero, no es suficiente con que el sujeto activo señale que ha sido vulnerado en su derecho a un medio ambiente libre de contaminación, sino que debe demostrar que existe un riesgo para su salud como consecuencia necesaria de la acción de un tercero. Lo anterior tiene que ver con la titularidad del derecho, que no sólo resulta importante a la hora de calificar su objeto, sino también para establecer bajo qué condiciones o supuesto de hecho es admisible desde un punto de vista judicial, una adecuada protección del ambiente.

Sin lugar a dudas, el concepto que mayor eco provoca es el de “calidad de vida”, en el sentido que está a medio camino entre el derecho a la vida y a la salud y el reconocimiento de un amplio margen de protección en base a los elementos que componen el ambiente, de hecho, varios autores, entre ellos BORDALÍ SALAMANCA y BERMÚDEZ SOTO, apuestan por la protección del entorno adyacente del ser humano, poniendo especial atención, primero a la independencia del derecho respecto al derecho a la vida y a la salud y sobretodo a la importancia que tiene para la efectiva protección del ambiente, el concepto de calidad de vida, que incorpora un sinnúmero de variables relacionadas con la subsistencia, desarrollo, proyección y actividades del individuo que concretiza en torno a todo lo que naturalmente lo rodea, y para lo cual es imperante un ambiente sano y libre de contaminación. Así, BORDALÍ establece que: *“es posible afirmar que el objeto de este derecho fundamental es garantizar que las personas puedan vivir en términos de calidad o con bienestar en relación con el ambiente en que viven”*¹⁰, reafirmando el sentido jurídico y alcance del derecho a un ambiente libre de contaminación, y con ello, sustenta

¹⁰ Bordalí, A., Ob. Cit. pp.118-119

la idea de la autonomía respecto a otras garantías fundamentales, desarticulando la tesis de una proyección del derecho a la vida o el derecho a la salud, volviendo neutro el objeto de protección y considerando únicamente el ambiente adyacente o entorno y no a la vida humana. El profesor BORDALÍ SALAMANCA habla de dos tipos de contenidos referentes al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, uno restringido que protegería sólo el bienestar del individuo en tanto interactúe con el ambiente, y uno más abarcador, relacionado con la visión más amplia en cuanto objeto del derecho, no sólo limitándose al bienestar del individuo sino a todos los componentes que forman el ambiente, incluyendo el derecho a vivir en una naturaleza no alterada o preservada¹¹.

Teniendo en cuenta el alcance del derecho, es hora de determinar la naturaleza jurídica de la garantía. El numeral 8 del artículo 19 de la Constitución, está formada por dos tipos de derechos, uno de corte subjetivo, representado por el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, lo que significa que cada titular posee *“la facultad, o un haz de facultades de hacer o de disfrutar algo con libertad, exenta de interferencias o perturbaciones. Y la obligación correlativa del derecho, que pesa o recae sobre toda autoridad, es una obligación de no hacer consistente en el deber de abstenerse de comportamientos lesivos al derecho que se garantiza (...)”*¹². Y la otra parte de la garantía está conformada por el estándar de comportamiento que el propio Constituyente impone al Estado, al establecer que es deber del Estado velar porque el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, que representa lo que la doctrina ha denominado derechos sociales, en la medida que la titularidad se amplía a todos los ciudadanos no existiendo un sujeto pasivo claro ni determinado, es decir, la expectativa a aspirar a cierta prestación que el Estado se obliga a cumplir. En la primera parte entonces, se trataría de un derecho subjetivo público, mientras que en su segunda parte, como derecho social, sería un derecho colectivo público.

Así lo califica el fallo del recurso de protección “Horvarth y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente”, causa rol 4658-96, en el considerando 14, donde la Corte Suprema estableció que *“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano de rango constitucional que presenta un doble carácter: derecho subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza porque (...) su ejercicio corresponde a todas la personas, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad (...) Y en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho (...) él está destinado a proteger y amparar*

¹¹ *Ibíd.*, pp. 121-131

¹² Bertelsen, R., “El Recurso de Protección y el Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de Jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 25, N°1 (1998), pp.139-174, disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcfichero_articulo?codigo=2650056, consultado el día 7 de Junio de 2012

*derechos sociales de tipo colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda (...) y eso es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse el medio ambiente (...) se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras”.*¹³ En este orden de cosas, el profesor BORDALÍ SALAMANCA difiere un poco en el carácter de derecho social que tendría la segunda parte del artículo en comento y que la mayoría de la doctrina propugna, entendiendo que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación puede entenderse como *“un deber consustancial a todo Estado constitucional, puesto que precisamente el Estado se constituye para asegurar y velar por los derechos fundamentales de las personas”*¹⁴. No obstante, el fundamento de su inclusión según el autor, vendría dado por dos opciones, a saber: la primera consistiría en la importancia que el Constituyente de la época le entregó al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por lo que más que buscar un efecto jurídico directo con su incorporación, no es más que un reforzamiento de tipo teórico al derecho ya consagrado en la parte primera del artículo. El segundo fundamento se sustenta en los artículos 1° y 5° de la CPR, que son los que mejor representan una faceta de Estado Social de derecho en el actual Estado Constitucional, lo cual no limitaría el deber al simple reforzamiento teórico de la garantía, sino a desplazar y eliminar cualquier obstáculo económico o material que impida el goce absoluto del derecho por parte de los ciudadanos, como por ejemplo, entregar subsidios a las empresas para que inviertan en energía limpia, pavimentar las calles frenando la contaminación del aire en las grandes ciudades, planes de forestación, etc., lo que permitiría entender la faceta de deber del Estado como un derecho social.¹⁵

La determinación del alcance y naturaleza jurídica del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, permite establecer, entre otras cosas, lo que realmente protege la garantía, qué tipos de contaminación pueden verse incluidas dentro del sustrato jurídico, otorgando seguridad jurídica y fundamento plausible a un eventual recurso de protección, y sobretodo permite entender el desarrollo jurídico armónico que la LBG M y la legislación de carácter ambiental actual, entregan al derecho a un medio ambiente incontaminado.

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCIV (1997), N°1 (Enero-Abril), Sección 5, pp. 1-7, disponible en <http://www.pabloruiz-tagle.cl/blog/wp-content/uploads/2011/05/I.-5-material-III-Jurisprudencia-2011.pdf> , Revisado el día 11 de diciembre de 2012

¹⁴ Bordalí, A., Ob. Cit., p.132

¹⁵ *Ibíd.*, pp.132-133

1.3 El Doble Deber del Estado en Materia Ambiental y su Carácter Normativo

La ley número 19.300 LBGMA desarrolla normativamente el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como forma de cumplir el mandato que la propia Constitución establece en el artículo 19 número 8, parte segunda y que consiste en el deber de que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. De una primera lectura se puede constatar la naturaleza de derecho social que posee este deber, toda vez que crea una prestación en contra del Estado para que éste procure garantía y protección a los ciudadanos ante una potencial vulneración del medio ambiente. La mayoría de la doctrina considera que el carácter de social de este deber proviene de la no identificación con un sujeto pasivo, lo que significa que la titularidad corresponde a todos los ciudadanos, pudiendo exigir en conjunto el cumplimiento de la prerrogativa constitucional. Respecto a qué órganos del Estado están obligados a cumplir con el mandato constitucional, la doctrina está conteste en considerar que no sólo están obligados aquellos que por Ley forman parte de la Administración del Estado (Artículo 1º Ley número 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado), sino también se incluyen la Judicatura y la Legislatura, básicamente porque la norma alude al “Estado” no especificando a qué órganos apunta.¹⁶

En cuanto al contenido del deber, posee un doble sentido, primero asegurar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado lo que viene a demostrar la doble garantía o refuerzo garantista que respecto a este derecho la Constitución nos entrega, ya que no fue suficiente con consagrar en la Carta Fundamental al derecho, otorgarle un mecanismo de impugnación jurisdiccional, representado por el Recurso de Protección, sino además imputar al Estado el deber de que el derecho no sea vulnerado. En segundo lugar, está el deber de tutelar la preservación de la naturaleza, que consiste en mantener en condiciones óptimas y normales al entorno natural, asegurando la subsistencia de cada uno de sus componentes, manteniendo las condiciones del medio ambiente en un estado estático y específico.¹⁷

Ahora bien, sin entrar a desarrollar materias que más adelante se expondrán, habrá que describir la relación que en la práctica se origina entre este deber estatal y su “puesta en escena” en sede ambiental. La LBGMA establece en su artículo 24 inciso primero: “*El proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad, la que deberá ser notificada a las autoridades administrativas con competencia para resolver sobre la actividad o proyecto, sin perjuicio de la notificación a la parte interesada*”. Lo anterior, jurídicamente se conoce como Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA) que constituye el acto administrativo terminal emanado de la Comisión de Evaluación, que autoriza

¹⁶ Cfr., Guzmán, R., Ob. Cit., p.101

¹⁷ *Ibíd.*, p.100

normativamente la ejecución de un proyecto determinado y por medio del cual se constata administrativamente el cumplimiento de la normativa ambiental vigente. La Comisión de Evaluación está presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, quien actúa como secretario (artículo 86 LBGMA).

Sin duda, la función que la ley encomienda a la Comisión tiene directa relación con el mandato que la Constitución impone al Estado, fundamentalmente porque en base al principio de ventanilla única, consistente en que todo el procedimiento de evaluación ambiental culmina con la RCA, y donde por tanto, todo lo relacionado con el proyecto debe ser conocido y evaluado en esta instancia, la decisión administrativa de la Comisión es determinante a la hora de aprobar un proyecto de gran envergadura, siendo la propia Administración del Estado quien, conforme a las facultades que entrega la ley, está encargada por una parte, de evaluar el proyecto de forma y de fondo, y por otra, de tutelar tanto el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como la preservación de la naturaleza.

De esta forma, la actividad administrativa que se desarrolla en el contexto de la Comisión Evaluadora y que culmina con el acto administrativo llamado RCA, resulta vital para establecer si el Estado ha dado o no cumplimiento al estándar de comportamiento que la propia Administración, y por supuesto el propio Estado, se autoimpone en la Carta Fundamental. En consecuencia, es la Resolución de Calificación Ambiental el acto administrativo fundamental y central en la etapa de aprobación de un proyecto, potencialmente dañino para el medio ambiente, que se transforma en la instancia estatal más importante dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Así, el engranaje jurídico es el siguiente: El artículo 19 número 8 de la CPR que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se desarrolla normativamente a través de la Ley N°19.300 LBGMA, y dentro de la Ley el órgano de mayor importancia es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) que se operativiza a través de la Comisión de Evaluación Ambiental y dentro de éste el acto administrativo más importante es la Resolución de Calificación Ambiental (RCA). De esta manera se visualiza la importancia y el papel que cumple en el sistema de evaluación la Administración del Estado que, como operadores de la política del órgano ejecutivo les corresponde cumplir el mandato constitucional de protección y tutela del ambiente y de paso permite apreciar el cumplimiento de la expectativa de carácter prestacional que beneficia a cada ciudadano.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. El Recurso de Protección Ambiental

2.1 Generalidades y Consagración Normativa

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como derecho fundamental consagrado en la Constitución, ha experimentado diferentes modificaciones hasta llegar a lo que conocemos hoy, fruto de una larga disputa de los comisionados de ese momento por negar el carácter de prestación social y por ende de obligatoriedad en su cumplimiento por parte del Estado. Junto con ello, el doble deber del Estado en materia ambiental juega un rol preponderante respecto a la prerrogativa constitucional, toda vez que es la propia administración, a través de los actos administrativos la que va determinando si se cumple o no el estándar que la Constitución impone, en especial por medio de la Resolución de Calificación Ambiental. Lo importante, sin duda, al consagrar una prerrogativa de esta naturaleza, es la creación de instrumentos de tutela jurisdiccional que permitan una protección efectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que, sumado al doble deber estatal, institucionalizan y entregan un marco jurídico estable a la protección del medio ambiente.

En este orden de cosas, el recurso de protección ambiental consagrado en el artículo 20 inciso 2° de la Constitución ha sido reconocido por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia como la acción de protección por antonomasia ante la vulneración del Medio ambiente. Así, cuando se habla de lucha contra la contaminación, es muy difícil cuestionar el carácter de remedio jurídico del recurso de protección, altamente utilizado por la ciudadanía, debido a la gran cantidad de obstáculos que provoca la sujeción a procedimientos obsoletos y la poca utilidad de la legislación ambiental vigente¹⁸. Por otra parte, es de conocimiento general que la respuesta jurisdiccional frente a la protección del medio ambiente está dada fundamentalmente por el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución, mecanismo fundamental de tutela de intereses fundamentales¹⁹. En este contexto, desde la discusión acerca de la consagración normativa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el segundo punto de inflexión en la CENC fue, precisamente, si se le garantizaba o no su ejercicio, sobretodo teniendo en cuenta su carácter social/prestacional que fundamentaban algunos comisionados²⁰. Así, dicho recurso, nace del Acta Constitucional número 3 del año 1976 para otorgar tutela jurisdiccional a una serie de derechos y libertades entre las cuales no figuraba el derecho a un medio ambiente incontaminado. No fue sino hasta el año 1980, cuando se aprueba la Carta Fundamental, donde se incluye finalmente el recurso de protección ambiental en el inciso

¹⁸ Cfr. Valenzuela, R., *El Derecho Ambiental. Presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago (2010), p.286

¹⁹ Cfr., Bordalí, A., Ob. Cit., pp.459-460

²⁰ Cfr., Guzmán, R., Ob. Cit., pp. 204-205

2° del artículo 20, inclusión que no significó la aplicación directa de las normas de naturaleza cautelar al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, comprendidas en el inciso primero, sino su establecimiento en una norma especial para el ejercicio²¹.

Sin perjuicio de la historia fidedigna de la incorporación del recurso de protección como mecanismo de impugnación jurisdiccional en nuestra Constitución y del real alcance que tiene en la práctica, la presente tesis sólo abordará la génesis y características generales del Recurso de Protección Ambiental, dejando en plena libertad al lector para interiorizarse acerca del recurso de protección ordinario consagrado en el artículo 1 del numeral 20 de nuestra Carta Fundamental, cuyo estudio pormenorizado excede en demasía el objeto de esta investigación.

Ahora bien, la doctrina ha estado conteste en los antecedentes históricos que llevaron a la consagración normativa del recurso de protección ambiental, teniendo presente la diferencia un tanto inexplicable que llevó al Constituyente de la época a consagrar dicho recurso de forma independiente a la del recurso de protección ordinario, en un inciso separado y de fondo deficiente. Son cuatro en general los hitos históricos que marcaron su consagración normativa, a saber: primero, la necesidad de ampliar el Recurso de Amparo o Habeas Corpus a otros derechos que no sean de libertad personal, recurso que ya existía y que hacía inoperante la garantía para otros derechos, como por ejemplo, los sociales, que fue la génesis del Recurso de Protección. Segundo, la amplia discusión que se originó en la CENC acerca de la protección de los derechos sociales por motivos económicos y administrativos que transformaban al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en una aspiración social de difícil solución legislativa, y que lo lógico en esos casos –argüían- era perseguir la conducta del agente contaminante a través de la tipificación de delitos ambientales y los medios procesales pertinentes. Tercero, y como ya se mencionó respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, está el Acta Constitucional número 3 que consagra en definitiva dicho derecho y se transforma en el antecedente directo del Recurso de Protección Ambiental, toda vez que fue la necesidad de protección la que primó frente a la sesgada y anticuada visión de los comisionados de la época por omitir el recurso de protección en materia ambiental, existiendo incluso opiniones que apuntaban a la eliminación del derecho en cuestión. Fue así como, aunque de forma restrictiva, se consagra finalmente en un inciso separado el recurso de protección ambiental, terminando con la sufrida historia de la protección constitucional del ambiente. Finalmente, el cuarto hito fue el tiempo en que el proyecto estuvo a manos de la Junta de Gobierno, período en el cual el recurso sufrió una fuerte modificación, al sustituirse la conjunción disyuntiva “o” por la homónima

²¹ Cfr., Bertelsen, R., Ob. Cit., pp.139-174.

copulativa “e” que a la larga terminaron por restringir aún más la referida protección del derecho mediante el recurso.²²

De esta forma el recurso de protección ambiental, se consagra constitucionalmente en un inciso separado en el artículo 20 para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuyos requisitos de concurrencia venían expresamente señalados en la norma, a saber: operaba sólo ante actos y no omisiones, exigía la imputabilidad a persona determinada, y finalmente –y más controvertido requisito-, la doble antijuricidad de arbitrariedad e ilegalidad.

2.2 Requisitos del Recurso de Protección Ambiental: La doble antijuricidad

El grado de excepcionalidad que presenta el recurso de protección ambiental lo personifican en parte sus requisitos, los que, en comparación con los exigidos por la Constitución respecto al recurso de protección ordinario, contemplan una innegable e inexplicable desigualdad emanada no de la necesidad de consagrar un mecanismo de impugnación jurisdiccional diferente, sino marcado por la circunstancias que rodearon su inclusión, las que en su mayoría provinieron de una visión arcaica y una voluntad por parte de los comisionados de no tutelar vía recurso de protección un derecho que a su parecer formaba parte del llamado grupo de los “derechos sociales” cuya satisfacción a cargo del Estado desbordaría en una ola de acciones que obligarían al ente estatal a dar cumplimiento a dichas prestaciones en virtud sólo de su tutela constitucional.

Lo argumentos de los comisionados de la época distaban mucho del alcance y significado del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si bien es cierto -en relación al requisito del acto y no la omisión- se exigía un comportamiento humano voluntario y directo causante de un daño irreparable, atendiendo lo excepcional del recurso, no contemplando los hechos provenientes de la naturaleza, ya sea terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, etc., que no llevaban consigo una responsabilidad imputable ni mucho menos provenían de un acto humano voluntario, no hacían más que recalcar la intención de los comisionados por la no conveniencia del recurso de protección ambiental en esta sede, sobretudo por el enfoque conceptual como derecho social y el rango legal y reglamentario que tenían las normas de carácter ambiental, en ese momento vigentes y que pretendían dar una protección con carácter de constitucional.²³

Ahora bien, respecto del requisito de ilegalidad más arbitrariedad que exigía la norma – requisito más controversial atendido el objeto de la presente tesis- fue fruto de esta intención por restringir la tutela del ambiente sumada a la idea de que contrario a derecho significaba

²² Cfr. Vargas, Rafael, *Instituciones de Derecho Ambiental, El recurso de protección ambiental*, Ed. Metropolitana, Santiago (2007), pp.107-114.

²³ *Ibíd.*, pp. 425-430

necesariamente una actuación positiva en el sentido más amplio de la palabra, que incluía por ende, las arbitrariedades. El texto como decíamos, se mantuvo inalterado hasta entonces, sólo se modificó cuando pasó a revisión de la Junta de Gobierno, que en uso de la potestad constituyente incluye el copulativo “e” reforzando la excepcionalidad de la garantía. El comisionado Cea Egaña en su momento establecía que *“se desconocen aún las razones que tuvo la Junta para añadir la cortapisa señalada, pero de los anales oficiales (...) bastan para aseverar que ese órgano constituyente coincidió con quienes, en la CENC, habían declarado que el recurso era de procedencia extraordinaria en la especie que nos ocupa”*²⁴ lo que no hace más que confirmar la inclinación dominante en la CENC en torno a limitar el recurso y subrayar la excepcionalidad de la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

No fueron pocos los que, al pasar de los años y del desarrollo de la tutela jurisdiccional, criticaron la existencia del requisito copulativo de arbitrariedad e ilegalidad, sobretodo si dicha exigencia operaba en el campo de protección del ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación frente a la incipiente actividad económica que se amparaba bajo el alero de la Constitución del 80, que en la práctica, significó un obstáculo normativo relevante para los titulares del mencionado derecho.

Así, autores como BORDALÍ SALAMANCA, ya identificaban el gran problema patente a la hora de recurrir de protección ante la vulneración del medio ambiente, no hallando un fundamento lógico suficiente al exigir copulativamente dos requisitos –en comparación con los otros derechos fundamentales- que a la postre significarían la disminución de la tutela y la consideración de supuestos tan absurdos como que cualquier persona, infringiendo una norma ambiental, contamine por capricho o mera diversión ²⁵. Sin entrar a desentrañar las verdaderas razones por la cuales se introdujo en el texto definitivo de la Constitución del 80 tal reforzada antijuricidad como requisito para recurrir de protección -que en algunos casos se justificó en un simple error “topográfico” de la Junta-, lo más importante es reconocer que dicha exigencia influyó negativamente en la efectiva tutela del derecho, y limitó, en el caso concreto, la acción de protección reconocida por el propio Constituyente, que en términos generales, distaba mucho de la garantía consagrada en el inciso 1° del artículo 20 para las demás prerrogativas constitucionales, terminando en la práctica, cualquier vulneración al derecho, provocado, ya sea por ilegalidad o por arbitrariedad *“santificado” por la sola circunstancia de no ser, al mismo tiempo, arbitrario e ilegal*²⁶ generando un efecto totalmente adverso en los tribunales, porque *“cada vez que la jurisprudencia ha dado cumplimiento estricto al estudiado requisito, en la práctica, se incurre en una denegación de justicia ambiental (...)”*²⁷. En su momento el

²⁴ *Ibíd.*, p. 434

²⁵ *Cfr.*, Bordalí, A., *Ob. Cit.*, pp.357-359

²⁶ Guzmán, R., *Ob. Cit.* p.219

²⁷ Vargas, R., *Ob. Cit.*, p.507

comisionado Cea Egaña comentaba el supuesto error topográfico, aduciendo que “(...) es insostenible atribuir a una equivocación de la Junta, a error de impresión o a otra circunstancia semejante el requisito adicional que fijó aquel órgano, pues tal criterio podría ser también sustentado respecto de otros preceptos de la Carta Fundamental con la secuela de incertidumbre que ello provoca”²⁸.

No cabe duda que la discusión que genera esta reforzada antijuricidad no fue un baladío, sobretodo si atendemos la importancia que tiene el recurso de protección ambiental como mecanismo jurisdiccional de impugnación y la alta demanda que posee por la celeridad e inmediatez de la acción. De esta manera, es de opinión dominante, que la tutela en el ejercicio del derecho a un medio ambiente incontaminado, está representada en el orden constitucional, por el recurso de protección, que, fuera de su consagración formal en la Constitución, significa para todos los titulares del derecho, la única vía judicial efectiva y más expedita disponible en el ordenamiento jurídico, en contraste con los interminables procedimientos ordinarios y también, a veces, con procedimientos sumarios, que se caracterizan por su lentitud, ritualidad e ineficacia, lo que fundamenta la alta demanda por el recurso dado su procedimiento informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio ²⁹. Finalmente, y respecto a la doble antijuricidad, habría que concluir que en realidad el tema nunca se solucionó del todo, debido a que la ilegalidad y la arbitrariedad se consideraron desde los inicios como términos sinónimos y sobretodo por la clara intención de los comisionados por frenar la utilización del Recurso, lo que convirtió a la doble exigencia en una sola gran exigencia y también por las características de las institucionalidad ambiental, donde rige el principio de ventanilla única, que requirió imperiosamente algún mecanismo de control jurisdiccional de la Administración ³⁰.

Con todo, en la Carta Magna del año 1980 la disposición definitiva fue la siguiente: “Procederá, también, el recurso de protección en el caso del número 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. Artículo que se mantuvo inalterado hasta el 26 de agosto de 2005, fecha en que se publicó la Ley de Reforma Constitucional número 20.050 que eliminó el requisito de arbitrariedad, dejando sólo el de ilegalidad, agregando además de los actos, a las omisiones.

²⁸ *Ibíd.*, p.434

²⁹ Cfr. Ríos, L., “La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N°2, Universidad de Talca, Talca (2006), pp.189-202, disponible en http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/8.pdf, consultado el día 08 de Junio de 2012.

³⁰ Cfr., Vargas, R., *Ob. Cit.*, p. 506

2.3 Reforma Ley 20.050 sobre doble antijuricidad: Génesis y Efectos

La Reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, y que según la presente investigación vino a modificar los requisitos copulativos de arbitrariedad e ilegalidad, incluidos por la Junta de Gobierno en su trámite de revisión, tuvo sus antecedentes en los boletines números 2.526-07 y 2.534-07 previo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Dicha Comisión realizó una evaluación jurisprudencial y legislativa del artículo 20 inciso 2°, especialmente en lo concerniente a la doble antijuricidad que exigía el constituyente y en la denegación de justicia que producía en la práctica una exigencia de ese calibre.

Las opiniones de los comisionados no se alejaban mucho de la opinión mayoritaria de la doctrina en cuanto a los efectos de esta doble exigencia sumada a la importancia de la acción de protección como mecanismo jurisdiccional de impugnación donde se apuntaba que: *“ha significado en la práctica, la denegación de la protección constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto en innumerables ocasiones, los recurridos han invocado la ilegalidad del acto o bien la no existencia de arbitrariedad, ante lo cual los tribunales han debido desechar los recursos”*³¹. A todas luces, la tutela del ejercicio del derecho fundamental tal y cual estaba consagrada en el artículo 20 inciso 2°, denotaba una discriminación poco afortunada en relación a los demás derechos cuya tutela consideraba el inciso 1°, y además establecía una limitación evidente al exigir copulativamente la ilegalidad y arbitrariedad como requisitos para recurrir.

Fue así como en el año 2005, bajo el firme objetivo de reforzar la restringida acción de protección, asumida doctrinal y jurisprudencialmente, la referida Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, propuso liberar a este recurso del requisito de la doble antijuricidad que lo caracterizaba, de manera tal, que aumentara la protección en el ejercicio del derecho conferido en el artículo 19 número 8 de la CPR. En este contexto el boletín número 110-07 correspondiente al Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales unidas, recaído en el proyecto de reforma constitucional que modificaba el inciso segundo del artículo 20 de la CPR, contenía diversas opiniones, tanto de académicos, legisladores y centros de estudio ambientales, que coincidían en el poco fundamento que tenía la doble procedencia de ilegalidad y arbitrariedad. El Centro Universitario Internacional Europa-Latinoamérica de Investigación y Formación en

³¹Boletín número 110-07-1 sobre Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en segundo trámite, que modifica el inciso segundo de la Carta Fundamental.

Ciencias Ambientales de la Universidad de Concepción (EULA) sostuvo en su informe incluido en el boletín número 110-07 que *“mantener la actual diferencia importa, en definitiva, una clara discriminación, en cuanto se establece una suerte de jerarquía entre los derechos constitucionales. Esta especie de jerarquía de derechos constitucionales constituye, a la vez, una contradicción que no resiste lógica en la propia Constitución (...)”*.

El senador Antonio Horvath por su parte, argumentaba, en base a la historia fidedigna de la norma que establece el Recurso de Protección y la recepción jurisprudencial que en cada caso había experimentado la doble exigencia, que en la mayoría de los casos se ha probado la ilegalidad y no la arbitrariedad, desechándose en consecuencia el recurso y además esta doble restricción no ha sido tampoco observada con debida acuciosidad por los Tribunales, razones suficientes para aprobar la reforma constitucional ³². Por otro lado, sostuvo que *“este recurso – recurso de protección ambiental- ha sido profusamente utilizado por la ciudadanía por tratarse de un mecanismo judicial expedito y eficiente. Las vías ordinarias significan para el común de las personas quedar, en la práctica, en la indefensión. Ello va unido al daño ambiental que en ese lapso sigue agravándose, llegando, en muchos casos, a ser insalvable”*³³

En el mismo sentido el senador Sergio Fernández sostenía: *“exigir que concurran a la vez en un acto la arbitrariedad y la ilegalidad, resulta una condición muy limitativa (...) bastaría con que existiera solamente una de las dos causales. Si un acto es arbitrario, resulta innecesario agregarle que, además, sea ilegal porque la arbitrariedad supone algo más que la discrecionalidad”*³⁴. Sobre el particular y según el Diccionario de la Real Academia, el término arbitrariedad alude a: *un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho*; en consecuencia, la ilegalidad estaría comprendida dentro de la arbitrariedad. Siguiendo en la línea argumentativa, el senador Fernández concluía que: *“de acuerdo a la lógica del proyecto, se debería modificar el inciso primero del artículo 20, en su primera parte, eliminando la mención a la arbitrariedad en todas las garantías constitucionales respecto a las cuales es procedente el recurso de protección”*³⁵.

La reforma en cuestión, en consecuencia, tuvo por objeto reforzar la tutela jurisdiccional del ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, especialmente relevante en la práctica por la protección que irradiaba en los titulares de dicho derecho. Luego de numerosas discusiones acerca de la justificación de la reforma y de lo que realmente se debía modificar, se llegó a la conclusión en la discusión en sala, que debía eliminarse la palabra “arbitrario” como requisito, toda vez que para la mayoría de los comisionados que participaron en la reforma, entre ellos el Senador Moreno, *“la Comisión optó por evitar el uso de determinados*

³² Ídem

³³ Ídem

³⁴ Ídem

³⁵ Ídem

términos que pudieran prestarse para interpretaciones dudosas. Por ejemplo, el caso de la palabra “arbitrariedad”, que, siendo probablemente sinónima de “ilegalidad”, en algún alegato podría entenderse que estaría comprendida dentro de la legalidad de una medida”³⁶.

Por su parte el senador José Antonio Viera Gallo sostuvo que: “(...) si las referidas exigencias pierden su carácter copulativo, podría ocurrir que un acto legal de autoridad (...) que sea considerado arbitrario, es decir, contrario a la justicia o a la razón, se anule en virtud únicamente de la arbitrariedad. Ello implicaría conferir un poder omnímodo a las Cortes, las que estarían fallando conforme a equidad y no de acuerdo a normas positivas”³⁷. Por ende, y más allá de las reales intenciones del órgano legislativo respecto a la reforma, la Ley 20.050 suprimió el requisito de “arbitrariedad” para dejar sólo la ilegalidad, y agregar, además de los actos a las omisiones. Con esto se pretendía fortalecer al recurso de protección, dada su connotada efectividad práctica en la defensa del derecho a un medio ambiente incontaminado, y dada la fragilidad que representaba para la tutela jurisdiccional, la exigencia de este doble requisito.

Sin embargo, lo que pretendió ser la ampliación y fortalecimiento de la acción de protección ambiental, resultó ser en la práctica un verdadero debilitamiento del mismo –con el consecuente debilitamiento de la garantía constitucional de un ambiente incontaminado- y la contradicción normativa con los deberes del Estado en materia ambiental. En concreto, el resultado final fue restringir las causales para interponer un recurso de protección ambiental, eliminando el requisito de arbitrariedad, y por ende la irracionalidad, la injusticia y el capricho y dejando sólo la ilegalidad, con la clara intención de ampliar la discrecionalidad administrativa³⁸, consecuencia que ya, de alguna manera, había pronosticado el Informe proporcionado al Congreso Nacional, por el “Centro Universitario Europa Latinoamérica de Investigación y Formación en Ciencias Ambientales de la Universidad de Concepción, EULA”, donde haciéndose cargo de una eventual reforma, en referencia al espíritu de la Ley 19.300 LBGMA, señalaba que: “ninguno de sus preceptos exige para interponer una reclamación (...) la existencia de ilegalidad en el actuar de la administración”³⁹, agregando que “la mayoría de los conflictos ambientales surgen de la existencia de arbitrariedades, ya sea emanadas de los particulares o del Estado”⁴⁰, lo que claramente venía a demostrar una tremenda inconsistencia con la reforma promovida por el legislador.

³⁶ Dougnac, F., “La modificación del inciso 2° del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006), p.66

³⁷ *Ibíd.*, p.62

³⁸ *Ibíd.*, p.76

³⁹ *Ibíd.*, p.61

⁴⁰ *Ídem.*

En definitiva, se restringe la garantía constitucional y de paso no se clarifica la concepción real de la palabra arbitrariedad, ni tampoco su aparente sinonimia con la ilegalidad, lo que no deja de ser contradictorio, atendiendo a que la intención original era precisamente ampliar la garantía consagrada en el artículo 19 número 8 de la CPR⁴¹. Por lo tanto, la pretendida reforma, al eliminar el requisito de arbitrariedad, impidió que el titular del derecho invocara la tutela frente a actos discrecionales de la Administración, no por ser arbitrariedad y discrecionalidad términos sinónimos, sino porque la segunda crea las bases para que se genere la primera. De este modo, y como ejemplo, CÁCERES URRUTIA, citando al tratadista Eduardo Soto Kloss, señalaba que *“lo arbitrario se podría presentar en los elementos discrecionales que el legislador suele habilitar a la Administración (...) por cuanto es en la actualización de tales elementos donde se da la posibilidad de ejercer esas potestades de un modo caprichoso, inmotivado, o con motivaciones ajenas a la ley”*⁴².

Ahora bien, la importancia que tiene conocer el alcance de dichos conceptos, dice relación con el efecto negativo que originó la reforma del 2005 sobre el recurso de protección ambiental, como uno de los tantos mecanismos de impugnación jurisdiccional disponibles en el ordenamiento, pero de utilización mayoritaria en post de una respuesta rápida, efectiva y vinculante ante la vulneración del derecho a un medio ambiente incontaminado, frente especialmente, a los actos discrecionales de la Administración del Estado, que dicho sea de paso, pasaron a tener una inmunidad casi privilegiada luego de la reforma y la supresión del requisito de “arbitrariedad”.

En este orden de cosas, y en relación a los deberes que se impone el Estado por medio de la Constitución en el artículo 19 número 8 en un comienzo analizado, se consagra la Ley 19.300 LBGMA y dentro de éste, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) y su reglamento como los cuerpos legales de aplicación práctica que institucionalizan dichos deberes estatales y dan cumplimiento efectivo al carácter preventivo del sistema de evaluación de impactos.

Rol preventivo que lidera el SEIA, y dentro de éste, el acto administrativo de mayor relevancia es la Resolución de Calificación Ambiental, dado que el sistema de evaluación como instrumento de gestión ambiental, constituye, junto con la RCA, las herramientas más relevantes utilizadas por los órganos del Estado para el fiel cumplimiento del doble deber que la

⁴¹ Cfr., Vargas, R., Ob. Cit., p.522

⁴² Cáceres, I., “Recurso de protección en contra de actos administrativos dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago (2001), p.274

Constitución Política les impone respecto al derecho a vivir en un medio ambiente incontaminado⁴³. La RCA, como decíamos en un comienzo, se alza como el acto administrativo de mayor impacto e incidencia en la calidad de vida de las personas, toda vez que por medio de su dictación, se da curso a la implementación de cualquier actividad potencialmente gravosa para el medio ambiente, según lo establecido en el artículo 24 inciso 1° de la LBGMA. A lo que CACERES URRUTIA agrega: “La RCA viene a ser un acto administrativo que surte efecto dentro de la Administración del Estado, pero además tiene incidencia sobre los particulares, ya que autoriza en forma previa el desarrollo de una actividad lícita y compatible con un desarrollo sustentable”⁴⁴.

De esta manera la RCA constituye el acto terminal de naturaleza discrecional más importante dentro del Sistema de Evaluación, que por sus especiales requisitos de aprobación, representa la instancia última de cumplimiento del doble deber del Estado, lo que sin duda, origina una contradicción normativa, ya que en vez de que la pretendida reforma reforzase el recurso de protección ambiental, permitiendo su admisibilidad frente a los actos discrecionales de la administración (como la RCA), limitando el accionar del Estado en la materia, asegurando el cumplimiento irrestricto del doble deber, restringió aún más la garantía, aumentando y legitimando la discrecionalidad en sede ambiental. Sobre la naturaleza discrecional de la RCA, sus efectos luego de la reforma y las consecuencias sobre el Sistema de Evaluación, trataremos en el siguiente apartado.

⁴³ Cfr. Riesco, V. “La Falta de servicio en relación con el deber del Estado de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago (2001), p.242

⁴⁴ Cáceres, I., Ob. Cit., p.279

CAPÍTULO TERCERO

3. La Discrecionalidad Administrativa en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

3.1 Concepto de Discrecionalidad

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es el instrumento de gestión ambiental más importante de la Ley 19.300 LBGMA siendo ingresados al sistema, desde el año 2000 a la fecha, más de 10.900 proyectos⁴⁵, cuyo mayor porcentaje corresponde a proyectos de alto impacto construidos en Chile. El SEIA comprende dos instrumentos: El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) siendo ésta última la regla general en cuanto a la forma de ingreso de los proyectos al sistema de evaluación. El artículo 10 de LBGMA enumera los proyectos que obligatoriamente deben ingresar al sistema, en su mayoría proyectos productivos susceptibles de causar daño al medio ambiente, mientras que el artículo 11 del mismo cuerpo legal establece los proyectos que deben ingresar por EIA en vez de DIA en razón de las consecuencias o alteraciones que pueda causar un determinado proyecto ya sea en el entorno, sobre el patrimonio cultural o bien en las comunidades asentadas en los terrenos destinados para la construcción. La Comisión de Evaluación, encabezada por el Intendente, califica ambientalmente en base a los antecedentes y previo cumplimiento de los requisitos que exige la LBGMA, según se trate de EIA o DIA, de forma positiva o negativa en base al pronunciamiento de cada servicio público sectorial llamado por ley a participar en la evaluación, sometiendo el proyecto a una evaluación particular que concretiza en un informe que analiza las consecuencias del proyecto respecto al área de competencia del respectivo órgano sectorial, según el Reglamento del SEIA.

La evaluación, como se sostenía en apartados anteriores, culmina con una RCA, que representa el acto administrativo de término que califica ambientalmente un proyecto. Sobre este punto cabe realizar algunos alcances a fin de que se entienda cuál es la problemática que a nivel administrativo se presenta. La labor que la LBGMA encomienda a la comisión de evaluación no posee límites reglados que permitan precisar o anticipar la decisión final en cuanto a la calificación, teniendo la comisión una potestad administrativa absolutamente discrecional a la hora de analizar los distintos informes evacuados por los órganos sectoriales- se volverá más adelante sobre este punto-. El principio de ventanilla única, preponderante dentro del SEIA, permite obtener una visión omnicomprendiva del proyecto, pero no por ello menos peligrosa, atendiendo la gran responsabilidad que conlleva calificar en esta instancia y que ello sea vinculante para todos los órganos de la Administración del Estado. La potestad discrecional

⁴⁵ Vid. Datos portal Servicio de Evaluación Ambiental, disponible en http://www.e-seia.cl/portal/reportes/rpt_num_proyectos.php, consultado el 15 de octubre de 2012

sumada al principio de ventanilla única, son dos ingredientes adicionales que nos acercan aún más al problema en aras de entender cuál fue el real efecto de la reforma del 2005. En este orden de cosas, y en un ejercicio por entender de qué hablamos cuando nos referimos al término discrecionalidad administrativa –cuyo significado no tiene una conclusión pacífica aún- diremos que se trata de una libertad de apreciación que, sin poner énfasis en la motivación del acto administrativo, ni poseer una regla de derecho que anticipe la conducta del órgano administrativo, entrega al dominio de la razón la satisfacción de una determinada necesidad pública –en este caso el deber estatal de protección del ambiente- cuyo fundamento está en la discrecionalidad que la propia Ley entrega.⁴⁶ Lo anterior se antepone a la potestad reglada donde es el propio legislador quien delimita claramente el margen de apreciación, estableciendo el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica asociada, no así en la discrecional, donde la consecuencia jurídica viene entregada a la libre disposición del órgano administrativo.

La Comisión de Evaluación posee una libertad de apreciación que le permite ponderar libremente cada pronunciamiento sectorial, junto con las observaciones que la propia ciudadanía entrega, lo que se traduce en un verdadero derecho a calificar positiva o negativamente un proyecto sin norma positiva que la obligue a respetar parámetros o márgenes de decisión, sólo respetando aquella norma que confiere y delega legislativamente el poder de decisión en sede ambiental.

Así, por ejemplo, la sentencia del 11 de Julio de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 192-2001, confirmada por la Corte Suprema en sentencia del 30 de julio de 2001, Rol 2813-2001, en el Recurso de Protección sobre el caso Itata establecía que: "*(...) los miembros de la Comisión Regional del Medio Ambiente – Comisión de Evaluación- ejercitan el derecho arbitrario de votar en favor o en contra -de la aprobación ambiental de un proyecto- pues la composición de sus miembros es indiciaria que se trata de aunar voluntades de diverso origen y por ello la decisión es política (...)* lo que grafica la existencia de una discrecionalidad patente a la hora de calificar un proyecto. La anterior apreciación no dista mucho de la opinión acerca del significado de discrecionalidad que tienen los profesores García de Enterría y Fernández, quienes establecen que: "*La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*"⁴⁷. No cabe duda de que la función que

⁴⁶ Cfr. Alarcón, P., *Discrecionalidad Administrativa, un Estudio de la jurisprudencia chilena*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000 pp. 5-11

⁴⁷ García de Enterría, E. y Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 456-457

cumple la comisión de evaluación está circunscrita en una potestad de carácter discrecional, dada la ausencia de elementos reglados que delimiten la calificación final del proyecto. Ahora bien, en el afán por hacer cumplir el principio preventivo tan desarrollado en la historia de la Ley 19.300, que consiste en anticiparse idealmente o en abstracto, a los impactos de un proyecto o actividad sobre el medio ambiente, de manera de evitar los efectos negativos, o de mitigarlos o compensarlos, o rechazar el proyecto u actividad⁴⁸, sumada a la idea de ventanilla única en que las autorizaciones y los diversos permisos sectoriales relativos a los proyectos productivos se resuelven en una sola instancia o ante una misma autoridad -idea reforzada con lo prescrito en los artículos 24 y 25 LBGMA- la Comisión pondera los diferentes pronunciamientos sectoriales y concluye con una calificación técnica del proyecto. Por lo tanto, y en base a lo expuesto, la discrecionalidad no es más que una potestad administrativa donde su ejercicio “*comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular*”⁴⁹.

La idea que subyace a esta discrecionalidad administrativa es el gran nivel de tecnicismos que presenta, sobretudo si se analizan los pronunciamientos sectoriales que hablan de alteraciones al medio ambiente, anticipando los potenciales daños, cuya ponderación compete exclusivamente a la Comisión Evaluadora, quien debe recoger dichas apreciaciones y sólo en base a su razonabilidad, aceptar o rechazar un proyecto productivo. Esta discrecionalidad de naturaleza técnica avala y reafirma la necesidad de libertad de apreciación que debe tener la Comisión, dado la complejidad y especial conocimiento inmerso en el procedimiento del SEIA. Para entender de mejor manera a que discrecionalidad hacemos mención, debemos distinguir la discrecionalidad “pura y dura” –si se me permite la expresión- con la interpretación de términos jurídicos indeterminados, lo que la doctrina española llama la discrecionalidad “instrumental”⁵⁰ caracterizada porque, si bien la ley no establece de forma precisa sus límites en el enunciado, es claro que se intenta dar con un supuesto concreto, donde lo esencial es que la indeterminación del enunciado no es sinónimo de libertad de aplicación, ya que sólo se permite una “unidad de

⁴⁸ Cfr. Dougnac, F., “El Recurso de Protección y la Acción de Nulidad de Derecho Público, en relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile”, en *Revista de Derecho Ambiental Justicia Ambiental*, Año 3, N°3, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago (2011), pp.115-140, disponible en <http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2011/12/Revista-final.pdf>, consultado el día 07 de Octubre de 2012.

⁴⁹ García de Enterría, E. y Fernández, T., Ob. Cit., p. 452

⁵⁰ Caruz, E., *Discrecionalidad Técnica y Evaluación de Impacto Ambiental en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, disponible en formato digital en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/06/DISCRECIONALIDAD.htm>, consultado el día 11 de Diciembre de 2012.

solución justa” en cada caso⁵¹, transformándolo en una potestad de carácter reglada. Lo anterior se diferencia con la discrecionalidad pura y dura o “fuerte” como denominan los administrativistas españoles, ya que en este caso “una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”⁵² lo que viene a remarcar esencialmente la libertad de elección que se fundamenta en criterios extrajurídicos –como se apuntó- donde cobra protagonismo el juicio subjetivo de la administración. En el caso del término jurídico indeterminado en cambio, su utilización responde a un intento por subsumir en una categoría legal una circunstancia de hecho, por lo mismo la voluntad del intérprete se hace nula, ya que en el acto de subsumir la realidad en la norma, se está cumpliendo con lo que el término jurídico indeterminado pretendió⁵³. Sin embargo, la comparación precedente no hace más que confirmar la estrecha relación que existe entre uno y otro, dado que la mayoría de las potestades discrecionales cumplen un fin, están destinadas a satisfacer una determinada necesidad pública, como por ejemplo, proteger el medio ambiente como materia de interés público, y qué mejor ejemplo que el interés público como un término jurídico indeterminado, observación que transforma virtualmente a toda potestad discrecional en una de carácter reglado, ya que toda potestad discrecional, al satisfacer una necesidad o el interés público, solo permitirá en cada caso, una única solución justa⁵⁴.

Tampoco parece adecuado, a fin de entender la problemática que nos convoca, confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, y sobretodo recalcando el valor que posee en sí misma la discrecionalidad, atendiendo a la prudencia y libertad que son necesarias en ciertas materias administrativas para resolver. El Diccionario de la Real Academia Española define “discrecionalidad” como: *1. adj. Que se hace libre y prudencialmente. 2. adj. Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas.* En este sentido, el acto administrativo reglado tiene la oportunidad y motivos que la autorizan señalados expresamente en la ley, mientras que el acto discrecional representa amplias facultades de la administración para actuar, determinadas por ley, pero no designándose el motivo⁵⁵. La discrecionalidad entonces, etimológicamente hablando tiene que ver con la prudencia de la autoridad, que a la vez significa: *1. f. Templanza, cautela, moderación. 2. f. Sensatez, buen juicio,* mientras que arbitrariedad: *1. f. Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.* Cabe precisar además, que la arbitrariedad está excluida de nuestro ordenamiento por la propia CPR en su artículo 19 número 2 inciso 3º - Igualdad ante la Ley- por tanto, mucho menos podría estar consagrada como sinónimo de

⁵¹ Cfr., García de Enterría, E. y Fernández, T., Ob. Cit., pp. 455-456

⁵² *Ibíd.*, p.456

⁵³ *Ibíd.*, pp. 456-457

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 457

⁵⁵ Cfr., Dougnac, F., “La modificación...”, Cit., p.73

discrecionalidad. De lo cual se sigue que discrecionalidad y arbitrariedad son términos completamente opuestos.

Una vez determinado el alcance del concepto de discrecionalidad administrativa y su relación con otros ámbitos de libertad de apreciación, pasemos a visualizar en que campo preciso de la evaluación ambiental se da el caso objeto de la presente tesis.

3.2 Discrecionalidad Técnica en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA)

La Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es un acto administrativo definido en el artículo 3 inciso 2° de la Ley 19.880 de Procedimiento Administrativo: *“Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública /Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”*. Constituye además el acto administrativo de término que pone fin a una evaluación de impacto ambiental, estableciéndolo de esa forma el artículo 24 de la Ley 19.300 LBGMA ya citada anteriormente. De término ya que representa la autorización final y única, previa consulta técnica a los organismos sectoriales, que pone fin a un procedimiento administrativo contemplado en el SEIA. Para entender la naturaleza jurídica de la RCA y la discrecionalidad técnica inmersa en su proceso de dictación, habrá que decir primero que la RCA es un acto administrativo, y como tal posee ciertas características: 1. Requiere la existencia de un órgano (Comisión de Evaluación); 2. Presencia de circunstancias de hecho previstas por el legislador (protección del medio ambiente e interés público); 3. Existencia de un procedimiento administrativo (SEIA) y 4. Investidura regular del órgano⁵⁶. Lo que en suma conforma un ordenamiento racional destinado a la persecución del bien común, impuesto de forma unilateral por el órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa, facultado legalmente para ello y que produce efectos jurídicos directos⁵⁷.

Además la RCA, como acto administrativo terminal, posee un contenido reglado, ya que el Reglamento del SEIA en sus artículos 34 al 36 establecen el contenido mínimo que debe tener la RCA al momento de emitirse la decisión formal de la comisión de evaluación, que justifican la calificación final del proyecto y junto con ello, las consideraciones técnicas y condiciones de funcionamiento que debe cumplir dicho proyecto, atendidas las opiniones sectoriales y características del impacto. Ésta última idea parece ser la predominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en base a considerar que la RCA, más allá de sus requisitos como acto administrativo, es una autorización de funcionamiento, un permiso de la autoridad ambiental para la ejecución de un proyecto en la medida que se cumplan las condiciones en virtud de las cuales

⁵⁶ Cfr. Dougnac, F., “El Recurso...”, Cit., p.117

⁵⁷ Ídem.

se entregó dicha autorización, lo que al mismo tiempo permite afirmar su carácter de provisoria, mutable y esencialmente revisable⁵⁸. Lo anterior se ve reafirmado por lo prescrito en el artículo 25 quinquies de la Ley 19.300 que considera la posibilidad de revisión de la RCA cuando cambian las circunstancias que se tuvieron en vista para dictarla: *“La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones”*, lo que asegura –por lo menos- una instancia de revisión y seguimiento constantes de las variables ambientales, y no transforman a la RCA en una decisión que, pese a su carácter discrecional, se asegure perpetua y no sujeta a la naturaleza cambiante del entorno, que afirma su utilidad y el respeto al principio preventivo que la ley consagra.

Sin embargo, pese al contenido reglado que la RCA posee, en vista de las menciones mínimas que debe contener, establecidas en el Reglamento del SEIA, la discrecionalidad administrativa se hace latente a la hora de evaluar las condiciones de su dictación, que en definitiva serán condicionantes de aprobación o rechazo de un proyecto productivo, cuya decisión la propia Ley 19.300 entrega al órgano administrativo: Artículo 16 inciso 4º: *“ El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”*. La norma citada alude a un EIA y no a una DIA, básicamente porque las condiciones de ésta última, como regla general de entrada al SEIA, contempla una declaración jurada, un compromiso por parte del titular del proyecto de que no va a generar impactos ambientales graves y no significa un examen exhaustivo de los impactos como sí lo es el EIA, dadas las características de los proyectos en los cuales la ley exige que sean sometidos a un EIA, y por ende donde la evaluación y posterior calificación es más pormenorizada y aguda. En este contexto, y en referencia al concepto de discrecionalidad administrativa desarrollada en el apartado anterior, la Ley no establece qué debe entenderse por “medidas apropiadas” por tanto, será la Comisión de Evaluación la que, en uso de esta potestad discrecional entregada por el legislador, decidirá finalmente si las condiciones emanadas del EIA son suficientes o “apropiadas” para calificar positivamente un proyecto. Lo que se pretende decir aquí es que, pese al contenido reglado que el propio Reglamento prescribe, la referencia a las medidas “apropiadas” como condición sin la cual el proyecto no se aprueba, representan el renvío que el

⁵⁸ Cfr. Correa, E., “El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la certeza jurídica: Elementos para una discusión necesaria”, en Valentina Durán (coord.), *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006), p.81

propio Legislador realiza para que opere el juicio subjetivo de la Administración, y por consiguiente, para que sea sólo la Comisión de Evaluación, en uso de su potestad discrecional, la que finalmente califique el proyecto. Sumado a ello –que acentúa la importancia de la RCA- como acto administrativo goza de presunción de legalidad, como así lo establece el artículo 3 inciso último de la Ley 19.880: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”*

De esta manera es dable sostener que la discrecionalidad no es requisito necesario del acto administrativo llamado RCA, dado que dicho acto de por sí es motivado, y por tanto fuera del fin y el objeto del acto administrativo, como elementos de su legitimación, acá también se cumpliría el tercer requisito, es decir, el motivo (fin, objeto y motivo) desde donde parte la discrecionalidad⁵⁹, ya que el propio Reglamento, contiene el procedimiento reglado y las menciones mínimas que la Comisión debe cumplir a la hora de emitir la RCA y por tanto, es la propia normativa la que nos entrega el contenido mínimo o los puntos sobre los cuales el acto se motiva. La discrecionalidad, en este sentido, se relaciona específicamente con las condiciones de mitigación, compensación o reparación que el propio artículo 16 inciso 4° prescribe, en la medida de que el Legislador se abstiene de establecer qué se entiende por medidas “apropiadas” y deja a la total discrecionalidad de la Comisión dicha determinación, que luego consagra en una RCA. La discrecionalidad de la RCA entonces, viene dada por lo prescrito en el artículo 16 de la Ley 19.300 y no como un requisito ínsito en la RCA, sin perjuicio que dicha discrecionalidad –técnica- se concretice en una RCA. En este orden de cosas la característica principal de la RCA es que, sin perjuicio de que todo el procedimiento del SEIA es reglado –involucrando opiniones de órganos sectoriales-, la decisión que ella contiene no depende de dichas opiniones y por tanto la Comisión es totalmente soberana de tomar la decisión que crea conveniente, incluso prescindiendo de los pronunciamientos de los órganos del Estado que participan en la evaluación⁶⁰. La decisión política entonces, se convierte en el gran punto de inflexión en materia ambiental y debido a eso adquiere importancia conocer los efectos de la reforma del 2005 sobre el recurso de protección como mecanismo de impugnación de la RCA. De hecho la propia jurisprudencia nacional ha reconocido en distintos fallos la importancia y los efectos directos que provoca una decisión de este calibre en materia ambiental, aduciendo el carácter discrecional que

⁵⁹ Cfr., Dougnac, F., “La modificación...”, Cit., p.75

⁶⁰ Cfr. Leiva Salazar, F. “El uso de la invalidación administrativa de la Ley N° 19.880 en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago (2001), p. 95

ostenta la Comisión. Así en el Recurso de Protección 1853/2005 –Resolución 10.751 de la Corte Suprema, caratulado “*Vladimir Riesco y otros contra Celulosa Arauco S.A*”, del 30 de mayo de 2005 que revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia reflejó que “*los Ministros le atribuyen a la autoridad administrativa ambiental el monopolio de la determinación de la legalidad, racionalidad y bondad de los actos que cuenten con una autorización (...) como la RCA. Y teniendo un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obligatorio (...) es difícil concebir afectaciones graves al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no se produzcan en el contexto de una actividad aprobada por una RCA*”⁶¹.

Este escenario, ha sido identificado por varios autores, así DINAMARCA GÁRATE establecía que: “*En el caso de los EIA, sin embargo, los artículos 15 y 16 de la Ley (...) no sólo exigen el cumplimiento de la normativa ambiental vigente, sino, además, la proposición de “medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas”*”⁶² y agrega que ello “*resulta peor que no decir nada, dado su carácter eminentemente subjetivo, porque una medida que para el titular del proyecto o actividad evaluado puede resultar apropiada, para la autoridad puede que no lo sea*”.⁶³ Otros como GALINDO VILLAROEL identificaban más concretamente la problemática antes referida emanada del artículo 16 inciso 4° LBGMA: “*Determinar si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental aplicable es una cuestión directamente relacionada con la legalidad (...). Determinar si las medidas de mitigación, compensación, o reparación son “apropiadas”, es una cuestión más relacionada con la arbitrariedad*”⁶⁴. Dicho autor agregaba respecto al término “apropiadas” del artículo la siguiente observación: “*se deja un margen de apreciación discrecional que permite a la autoridad administrativa determinar si las medidas de mitigación, compensación o reparación propuestas (o impuestas) son “apropiadas”*”⁶⁵.

Por lo tanto, las ideas esgrimidas anteriormente no hacen más que confirmar los efectos adversos que provocó la reforma y como ello vino a reforzar la discrecionalidad técnica presente en el procedimiento de evaluación, ya que el recurso de protección ambiental, como vía jurisdiccional de impugnación, quedó limitada a la mera legalidad formal al eliminarse el

⁶¹ Durán, V., “Caso “CELCO”: Un fallo Controvertido de la Excma. Corte Suprema. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año II, N°2, Santiago (2006), pp.253-275, disponible en http://www.derechoambiental.uchile.cl/files/revistas/revista_derecho_ambiental_2.pdf, consultado el día 08 de junio de 2012.

⁶² Dinamarca, J., *Evaluación de Impacto Ambiental, Análisis del reglamento actualizado*, Segunda Edición, Ed. LexisNexis, Santiago (2003), p.99

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Galindo, M., “El “Caso Itata”: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año I, N°1, Santiago (2003), pp. 143-167, disponible en <http://es.scribd.com/doc/62730471/Revista-de-Derecho-Ambiental-n1-UCh> , consultado el día 11 de diciembre de 2012.

⁶⁵ Ídem.

requisito de arbitrariedad y, en consecuencia, impidió que se regularan los criterios de evaluación de alto contenido técnico discrecional⁶⁶. Lo anterior, se sumó al descontento generalizado de la población por el mal uso de la discrecionalidad administrativa, a partir de la cual se politizaba la decisión en base a las ya referidas medidas de mitigación, compensación y reparación, situación que emanaba de dos hechos: primero las circunstancias en que se decidía, “*en particular por la naturaleza y origen de sus integrantes, así como por el poder económico y político de los responsables de los proyectos a evaluar, si a esta situación agregamos el relevante efecto legitimador de la resolución ambiental de un proyecto*”⁶⁷, además de un hecho cuantitativo que es el número de proyectos rechazados por el SEIA, que administrativamente depende del SEA, y que actualmente no supera el 7%⁶⁸, lo que indica una preocupante inclinación de la Comisión por la aprobación de los proyectos, efecto colateral del principio de “ventanilla única” que propugna el sistema.

En consecuencia, es en el campo de la RCA , y particularmente en la discrecionalidad técnica que manifiesta la Comisión de Evaluación, donde se origina el mayor de los problemas, debido a que este acto jurídico terminal, de naturaleza eminentemente discrecional, habilita en la práctica la construcción de megaproyectos con mayor impacto para el medio ambiente, y que producto de la reforma del 2005, pierde la posibilidad de ser impugnada vía recurso de protección, teniendo presente la utilidad que presta dicho recurso para la protección del derecho a un ambiente incontaminado.

3.3 Límites a la Discrecionalidad Técnica e importancia del Recurso de Protección como mecanismo jurisdiccional de impugnación de la RCA

Luego de revisar la doctrina y jurisprudencia y su concepto de discrecionalidad administrativa, ahondando específicamente en la discrecionalidad técnica de la RCA, veremos a continuación los límites que posee la misma, explicando tanto los recursos administrativos presentes en la propia Ley 19.300 LBGMA como aquellos que establece la Ley 19.880 de Procedimiento Administrativo, con una leve pincelada por la Nulidad de Derecho Público, como otra de las opciones que baraja la doctrina, hasta llegar al Recurso de Protección Ambiental, como el mecanismo de impugnación jurisdiccional más utilizado y más efectivo en el control de la discrecionalidad técnica, para terminar con nuestra hipótesis, que se hace cargo del problema y plantea una solución concreta, actual y eficiente para el control de los actos discrecionales de la Administración del Estado, todo ello con el afán de demostrar el fracaso de los mecanismos de control existentes en el ordenamiento.

⁶⁶ Cfr., Vargas, R., Ob. Cit., p.521

⁶⁷ Riesco, V., Ob. Cit., p.243

⁶⁸ Según estadísticas del SEIA disponible en http://www.e-seia.cl/portal/reportes/rpt_estados.php, consultado el día 08 de Junio de 2012.

En primer lugar, el procedimiento establecido en la Ley 19.300, con la Ley 20.417 de la Nueva Institucionalidad Ambiental, pasa a ser competencia de los Tribunales Ambientales, lo que venía a resolver el eterno problema de la dispersión normativa que existía ante el incumplimiento de una RCA por parte del titular del proyecto. Actualmente dichos tribunales están en época de selección de personal y establecimiento, por lo que no serán objeto de agudo análisis en la presente tesis y nos centraremos en los recursos que están disponibles. Cabe señalar que, sin perjuicio de la hipótesis que plantearemos más adelante, la creación de los tribunales ambientales sin duda, viene a llenar ese espacio legal que conlleva no tener tribunales contencioso-administrativos que resuelvan sobre cuestiones tan trascendentales como la discrecionalidad administrativa. De hecho, hace algún tiempo atrás, la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, creada bajo el mandato del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, conocida como Comisión Jadresic, en su informe final en Santiago en el año 1998, concluía la necesidad de crear tribunales especializados en la temática ambiental, “*cuyo ámbito de acción sería el contencioso administrativo y tendría facultades exclusivas para juzgar las infracciones a la legalidad cometidas por las autoridades reguladoras en el ejercicio de sus funciones*”. Junto con ello, se aplicarían criterios jurídicos afines y se reducirían los costos procedimentales asociados a conflictos entre el Estado y particulares, lo que alivianaría la carga de los tribunales ordinarios en materias técnicas que no son de su competencia y de paso evitaría la excesiva utilización de recursos improcedentes para resolver contiendas económico-ambientales.⁶⁹ Las características de un eventual tribunal contencioso-administrativo, tal y cual fueron expuestas en la Comisión, no distan mucho de lo que creemos van a ser las ventajas del tribunal ambiental, en aras de fijar límites precisos al problema de la discrecionalidad técnica. Sin perjuicio de lo anterior, y como decíamos, no va a ser sino hasta su instauración final cuando podamos visualizar las reales ventajas de los tribunales y si en verdad son un aporte concreto al problema de la dispersión normativa en esta materia.

Ahora bien, en lo que respecta a la Ley 19.300, las normas sobre control de la discrecionalidad administrativa se centran principalmente en tres artículos, a saber: el artículo 20 sobre procedimiento contencioso de reclamación, el artículo 50 de reclamación para la revisión de decretos supremos que establezcan normas primarias y secundarias de calidad ambiental y normas de emisión, y el artículo 64 que trata de la fiscalización y seguimiento de los proyectos ambientales, que actualmente está en manos de la Superintendencia –que funcionará una vez instaurados los tribunales ambientales-. En forma particular vamos a tratar los casos de los artículos 20 y 50 de la Ley 19.300, por no estar operativa la Superintendencia. El artículo 20 está dispuesto para ser utilizado por los titulares del proyecto, en contra de una resolución que rechace

⁶⁹ Cfr., Galindo, M., “Diagnóstico y reforma de los procedimientos jurisdiccionales ambientales”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006), p.19

una DIA o contra una resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un EIA, que en la práctica no posee mayores ventajas ya que ante esta situación existe la facultad del artículo 21 que permite al titular del proyecto ingresar nuevamente al SEIA, evitando ventilar por largos años en tribunales una reclamación de esta naturaleza, no teniendo certeza del resultado de la acción, haciendo mucho más conveniente entonces el reingreso que la vía administrativa o judicial ordinaria.⁷⁰ En este sentido, los actos recurribles –sólo resoluciones que rechacen DIA o EIA o impongan condiciones o exigencias- y la titularidad restringida –sólo titulares del proyecto- son dos ingredientes adicionales que vuelven inútil y limitan en demasía dicha vía administrativa.⁷¹

Respecto a la reclamación del artículo 50 de la ley, el panorama tampoco es muy alentador, toda vez que han sido muy pocas las reclamaciones en esta sede, y por otro lado, en la mayoría de ellas –sino en todas- los tribunales, conociendo en sede de apelación, se han pronunciado reconociendo la facultad excluyente de la Comisión Evaluadora en la revisión de los proyectos, reafirmando su potestad y conocimiento técnico especializado que hace desestimar las reclamaciones interpuestas. Sumado a lo anterior, el procedimiento del artículo 50 de la ley, es de carácter estrictamente formal en lo que respecta a la ilegalidad, por tanto en el mejor de los casos el tribunal sólo podrá anular un decreto o disponer de otra medida pertinente que se solicite, pero nunca transformarse en ente administrador y disponer de regulaciones de carácter ambiental con efectos generales.⁷² La opinión dominante en esta materia ha sido que, atendidas las características de aprobación de una RCA y el alto contenido de discrecionalidad técnica, sumado al procedimiento que la ley prevé en estos casos, restringen el grado de revisión de estos actos administrativos, elementos que no fueron alertados por el legislador y de ahí el evidente fracaso como mecanismos de control.⁷³

Existen dos eventuales controles de la discrecionalidad técnica disponibles en nuestro ordenamiento que, sin perjuicio de su pertinencia, tampoco han sido sinónimo de utilidad como mecanismo de impugnación de la RCA. Nos referimos a la Nulidad de Derecho Público y al control que ejerce la Contraloría General de la República. La Nulidad de Derecho Público es un tipo de control externo, de carácter estrictamente jurídico y no de mérito, cuyo patrón está relacionado con los tres presupuestos que prescribe el artículo 7 de la CPR, es decir, investidura, competencia y forma,⁷⁴ y que debido a la celeridad que comporta, ha sido utilizado como vía de

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 23

⁷¹ Cfr. Ramírez, J., “Impugnación Judicial de los Actos Administrativos dictados en el Procedimiento de Evaluación Ambiental”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Año 1, N° 3, Santiago (2001), pp. 1-17, disponible en

https://www.cde.cl/wps_migrated/wcm/connect/3f504c004fbf855886b7af46ce4e7365/9.pdf?MOD=AJPERES, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

⁷² Cfr., Galindo, M., *Ob. Cit.*, pp. 24-25

⁷³ *Ibíd.*, p. 23

⁷⁴ *Ibíd.*, p.21

control de la discrecionalidad en diversas ocasiones. Dicha acción, que busca declarar la nulidad de un determinado acto, en su mayoría resoluciones que califican positivamente un proyecto productivo, han sido utilizados aproximadamente unas seis veces, tres en el caso del gasoducto GasAndes, una contra el Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco y dos contra la Estación Depuradora de aguas servidas de Valdivia⁷⁵ que en su mayoría no han llegado todavía a sentencias definitivas y sólo se motivan en razón de la celeridad que la atañe en comparación con los recursos administrativos ordinarios. Sin embargo, atendido el objeto de la Nulidad, que no incorpora la motivación del acto, sino sólo la forma, no parece ser una vía de control admisible para que pueda realizarse una revisión técnica del acto administrativo, sobretodo en el caso de la evaluación de impacto ambiental, donde –como decíamos- corresponde a una sede de calificación técnico-ambiental, y por tanto más vinculado a la motivación del acto y no a un control jurídico como es la Nulidad de Derecho Público.

Por otro lado, el control que ejerce la Contraloría General de la República corresponde a un control jurídico, a través, fundamentalmente, de la toma de razón, sumado a su función dictaminadora por medio de la cual interpreta las leyes con carácter obligatorio para los órganos sometidos a su fiscalización, logrando un control indirecto –por así decirlo- de la función de la Administración del Estado. El artículo 99 de la CPR establece que: *“En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer (...)”*, mismo sentido del artículo 10 de la Ley 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (en adelante LOCCGR).

En base a lo anterior, es correcto deducir que uno de los controles potenciales de la discrecionalidad técnica que hemos estado exponiendo, viene dada por la toma de razón e indirectamente también por los dictámenes de la Contraloría, en el sentido que debido a su obligatoriedad para todos los órganos del Estado –de entre los cuales se incluye la Comisión de Evaluación- genera lo que se denomina jurisprudencia administrativa, aunando criterios de interpretación que permiten primero, forjar parámetros comparables ante eventuales conflictos entre el Estado y particulares y segundo, obligan a cada órgano del Estado a someterse a las opiniones y controles de este órgano autónomo, como así lo establece el artículo 19 LOCCGR: *“Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”*. No obstante lo anterior, el control que realiza la Contraloría sigue siendo de carácter formal y no de mérito, por tanto, en la práctica, más allá de localizar la ilegalidad potencial de una RCA, que no se haya

⁷⁵ Cfr., Ramírez, J., Ob. Cit., p.2

dictado conforme a la Ley 19.300 por ejemplo, no se puede modificar los criterios tenidos en cuenta por la Comisión Evaluadora al establecer las medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas que sirvieron para calificar positivamente un proyecto, ya que ello requiere más que un control de forma, un control de mérito, incluso más, partiendo de la base que la RCA por sí sola es un acto motivado conforme al Reglamento del SEIA, significaría transformar a la Contraloría en un órgano cuasi jurisdiccional que vendría a revisar el mérito técnico de una resolución, competencia que está absolutamente prohibida según la lectura de los artículos 6 y 21B de la LOCCGR: “Artículo 6 inciso 3: *La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia (...)*”. “Artículo 21B: *La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas*”. Lo anterior lleva a concluir que, a pesar de las reales falencias que poseen las acciones ordinarias de impugnación de la RCA, en cuanto a su utilidad y excesiva extensión en el tiempo, la función de la Contraloría no puede transformarse en un sustituto para el control de la discrecionalidad técnica, ni mucho menos en un órgano cuasi jurisdiccional que resuelva las contiendas entre particulares y el Estado, representado en este caso por la Comisión de Evaluación.⁷⁶ En suma, dada la complejidad de la función interpretativa que ejerce la Contraloría en este ámbito, por ser difícilmente separables las consideraciones técnicas con las jurídicas, la función de toma de razón y dictaminadora no parecen ser las vías de control de la discrecionalidad administrativa más adecuadas.⁷⁷

Finalmente se encuentran los recursos administrativos ordinarios, que al tenor del artículo 1 de la Ley 19.880 LPA se aplican supletoriamente ante los recursos previstos en la Ley 19.300: “Artículo 1º: *La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria*”. Por esta razón, ante la inutilidad de las vías ordinarias establecidas en la Ley 19.300 se utilizan regularmente tanto la invalidación administrativa del artículo 53 de la Ley 19.880, como el recurso de reposición del artículo 59. El recurso jerárquico y el recurso extraordinario de revisión, como otras vías administrativas de impugnación, y por expresa mención de la ley, deben ser interpuestos ante el superior jerárquico del servicio, y si el primero no procede se aplica el extraordinario de revisión también ante el superior jerárquico del servicio, todo según los artículos 59 y 60 de la Ley en comento. La Comisión de Evaluación, por ser la instancia única de

⁷⁶ Cfr., Galindo, M., Ob. Cit., p.27

⁷⁷ Cfr. Vargas, I., “Las Funciones de la Contraloría General de la República y la fiscalización medioambiental. Especial referencia a la función dictaminadora”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006), p.44

discusión en base al principio de ventanilla única, si bien posee un superior jerárquico correspondiente al Director Superior del SEA, no hace procedente el recurso jerárquico, por expresa mención de la ley, agotándose todo en el recurso de revisión: “*Artículo 59 inciso 4: No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa*”. Cabe recordar que el Servicio de Evaluación Ambiental es un órgano descentralizado funcionalmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio según lo prescrito en el artículo 80 de la Ley 19.300, por tanto, la discusión se acaba en la Comisión y que se excluya automáticamente el recurso jerárquico y el extraordinario de revisión como vías de impugnación de la RCA. En el caso de éste último, las causales del artículo 60 de la Ley 19.880, limitan su procedencia y además por dirigirse contra actos firmes, desnaturalizan la acción, toda vez que la RCA es un acto esencialmente revisable.

Respecto a la Invalidación Administrativa del artículo 53 y el Recurso de Reposición del artículo 59 de la Ley 19.880, por ser vías administrativas supletorias, es decir, sólo proceden en ausencia de otros recursos establecidos en la propia Ley 19.300 LBGMA, en la mayoría de los casos no han sido admisibles o no han terminado con la fase de tramitación por defectos de forma y plazo, y sobretodo por la desnaturalización o distorsión que provocan en el sistema de evaluación, atendida la existencia de vías judiciales o administrativas actualmente vigentes en la Ley 19.300 sumada a la idea que en la verificación de las causales legales que les dan origen, muchas veces terminan por morir en el intento⁷⁸. En algunos casos puntuales el recurso de reposición si ha sido utilizado por los titulares del proyecto, en especial frente a una DIA rechazada por no existir en el SEIA un procedimiento reglado en este caso⁷⁹. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de estos recursos no han prosperado “*en razón de que no se daban los presupuestos para su interposición y que lo que se hace es tratar de generar una tercera instancia de evaluación*”⁸⁰ que no sería el objeto del recurso, especialmente del de reposición frente a una RCA. Lo anterior se ve reafirmado por el Dictamen 12.971 de 22 de mayo de 2006 de la CGR que establecía: “*El acto a impugnar debe ser la RCA original y no la resolución de la Dirección Ejecutiva que resolvió el recurso de reclamación, sin perjuicio de estimar que no corresponde utilizar esta vía para reiterar los argumentos ya considerados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental*”.

La Revocación por su parte, como otra instancia de revisión administrativa de oficio, prescrita en el artículo 61 de la Ley 19.880, tampoco ha significado una vía útil de impugnación

⁷⁸ Cfr., Correa, E., Ob. Cit., pp. 83-85

⁷⁹ Resolución Exenta N° 463/2003, Resolución Exenta N° 1239/2005 y Resolución Exenta N° 279/2004, todas de la Dirección Ejecutiva CONAMA.

⁸⁰ Resolución Exenta de la Dirección Ejecutiva CONAMA, número 126 del 5 de octubre de 2004.

en vista de las causales que el propio artículo define, que en su mayoría distan mucho de las características de la RCA como acto administrativo, y además porque la revocación prevista en el artículo 64 de la Ley 19.300 encargada a la Superintendencia, no se corresponde con la figura de la revocación de la Ley 19.880, dado que la primera está contemplada como sanción al incumplimiento y no como revisión de oficio, y por ende, son de naturaleza jurídica distinta lo que influye en su admisibilidad al impugnar una RCA.⁸¹

Así, la invalidación administrativa, por no demostrar un desarrollo próspero en el ordenamiento hasta la fecha, la revocación por ser una recurso sui generis no previsto para una RCA, el recurso jerárquico por no proceder ante órganos descentralizados, el recurso extraordinario de revisión por demostrar ser utilizado con objeto distinto al previsto en la ley, etc., son todos síntomas del por qué el Recurso de Protección Ambiental sigue siendo el mecanismo de impugnación más utilizado, por su celeridad y por el procedimiento concentrado, ante la ineficacia de los recursos administrativos previstos por ley.

No obstante ello, en la presente tesis queremos demostrar que, sin perjuicio de la utilidad y notable celeridad que presta el recurso de protección, y que justifican su alta demanda, la reforma del año 2005 terminó por denostar en vez de reforzar dicha acción de protección, y de paso reforzó la discrecionalidad administrativa. Con todo, todavía existe una parte de la doctrina que no acepta al recurso de protección ambiental como la vía más idónea para impugnar una RCA, aferrándose a la tesis de que la naturaleza del recurso, es diametralmente opuesta al objeto o fin que se pretende obtener la mayoría de las veces –paralizar un proyecto energético- sumada a la idea de la exclusividad del órgano administrativo para conocer de los fundamentos técnicos de un proyecto, que en definitiva, marcan su aprobación o rechazo. Si bien, todo acto de la Administración del Estado está sujeto al control de los tribunales, cosa distinta es sostener que sea el recurso de protección ambiental la vía idónea para resolver cuestiones técnicas, relativos a proyectos de inversión⁸², lo que significaría en la práctica que la discrecionalidad dada por ley a la administración, sea sustituida por la discrecionalidad del juez, cosa que no parece aceptable⁸³ y de paso deslegitima al recurso de protección como vía de impugnación.

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en cuenta la opinión doctrinal al respecto, existe actualmente en nuestro ordenamiento una vía administrativa pocas veces utilizada y de bastante efectividad práctica si se piensa en limitar la discrecionalidad técnica de la RCA y que representa, a nuestro juicio, la solución del problema: nos referimos a la facultad interpretativa de la RCA que posee el SEA, prescrito en el artículo 81 letra g) de la Ley 19.300.

⁸¹ Cfr., Correa, E., Ob. Cit., p.85

⁸² Cfr., Galindo, M., “El “Caso Itata...”, Cit., p. 143-167

⁸³ *Ibíd.*, p. 160.

Ahora bien, las soluciones que se han planteado al respecto no han sido muchas, los autores de limitan a reconocer el problema pero no entregan una respuesta que permita resolver la cuestión del debilitamiento de la tutela jurisdiccional. Autores como VARGAS MIRANDA sostenían que: “*Aunque suene liviano, pienso que la solución estaba en igualar a ambos incisos del artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, pues, puede que en el resguardo de esta garantía, el tema de la arbitrariedad toma más importancia que en otras*”⁸⁴, opinión que compartían muchos autores pero que políticamente hablando considero muy difícil, debido a las dificultades de generar consenso y falta de voluntad política para restringir judicialmente a la Administración. Igualmente existe la opinión de otra doctrina, que veía en la interpretación axiológica de la Constitución, la proscripción de la arbitrariedad, por la vía de la aplicación de otras normas constitucionales, como el artículo 8° de la CPR por ejemplo, que prescribe el principio de probidad de la administración que impide a dichos órganos, entre otras conductas, aquellas de índole arbitrario, privilegiando los contenidos teleológicos y axiológicos de la Carta Fundamental⁸⁵

La solución va encaminada en acotar los márgenes de discrecionalidad, en el sentido de especificar o regular de forma acabada los criterios de aprobación de las medidas de mitigación, compensación y reparación, a través de las facultades de interpretación administrativa de la RCA que la Ley 20.417 –del año 2010 que reformó la institucionalidad ambiental-, en su artículo 81, letra g) entrega al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). De esta manera, se pueden fijar criterios válidos de evaluación de proyectos, a fin de comprobar que la decisión tomada haya sido fruto de una ponderación auténtica de los intereses sociales, evitando la politización del sistema, privilegiando los aspectos técnicos y los trámites participativos existentes, que en suma, reemplace una materia inicialmente de índole discrecional, por una de carácter más reglado.

La hipótesis planteada, reconoce la indeterminación de los criterios de evaluación prescritos en el artículo 16 LBGMA –medidas “apropiadas”- cuestión identificada, entre otros autores, por ASTORGA JORQUERA, al señalar que: “*la ley chilena contiene un número importante de términos no definidos en su articulado, y que forman parte de instituciones de efectos jurídicos y económicos relevantes, cuya operatoria implica usualmente decisiones discrecionales*”⁸⁶. El eje central de la solución apunta a la discrecionalidad y al buen uso que debe dársele a ésta, y que en caso contrario, se pueda definir debidamente los criterios de evaluación para llegar por esta vía al mismo objetivo, sobretodo porque lo ideal es que la discrecionalidad no sea utilizada por la administración con arbitrariedad “*de manera que en el momento de decidir qué decisión va a tomar o qué medida va a adoptar en un caso concreto, no*

⁸⁴ Vargas, R., Ob. Cit., p.538.

⁸⁵ Cfr., Dougnac, F., “La modificación...”, Cit., pp.68-72.

⁸⁶ Astorga, E., *Derecho Ambiental Chileno, Parte General*, Ed. LexisNexis, Santiago (2007), p.59

*persiga un fin particular contrario al derecho (ya sea en provecho de su partido político, de su clase social o de sí mismo), sino que adopte la decisión que de mejor manera promueve el bien común de la sociedad política, con pleno respeto al principio de juridicidad y a los derechos de las personas (...)*⁸⁷. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, en el mismo sentido enfatizan que: *“la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una <<unidad de solución justa>> en cada caso”*⁸⁸

Por lo tanto, el remedio a tal incertidumbre jurídica viene dada por la definición de qué se entiende por medidas “apropiadas”, función que le corresponde actualmente al SEA mediante su facultad interpretativa de la RCA, que permitirá instaurar estándares de evaluación para ir, poco a poco, fijando qué se entiende por medida de mitigación, compensación y de reparación “apropiadas”, como bien lo pronosticaba GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ al establecer que: *“Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad esté excluida y que más que remitir la Ley a la decisión libre de la Administración (...)se trata, por el contrario, de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control único, por ser un control de legalidad, es accesible al juez”*⁸⁹. Esto posibilitará un control más efectivo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, porque bastará que se infrinja el criterio o estándar impuesto por el servicio público y de carácter vinculante, para que los futuros proyectos se adecuen a dichos criterios y las comisiones evaluadoras se rijan por dicho estándar de decisión, evitando que la eliminación de la arbitrariedad, como requisito, producto de la reforma, legitime la libertad de decisión que posee actualmente la Comisión.

⁸⁷ Alarcón, P., Ob. Cit., p.89

⁸⁸ García de Enterría, E. y Fernández, T., Ob. Cit., p.456

⁸⁹ Ídem.

CAPÍTULO CUARTO

4. Análisis de Jurisprudencia: La Discrecionalidad Técnica y el Recurso de Protección Ambiental como mecanismo jurisdiccional

4.1 Evolución Jurisprudencial

La jurisprudencia de los altos tribunales de justicia ha dado un giro en 180° respecto a la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente una RCA mediante el recurso de protección ambiental. En este apartado, analizaremos las principales tendencias sobre los cuales ha fluctuado el recurso, desde su absoluta inadmisibilidad, pasando por su aceptación limitada con una tendencia mixta de recepción judicial, para finalizar analizando los fallos más emblemáticos que representan el giro total en materia de jurisdicción ambiental llevado a cabo por los tribunales a quo y ad quem. La primera tendencia fue hacia la procedencia del recurso ante una RCA que ponía fin al procedimiento de evaluación ambiental, y cuyo objeto en la mayoría de los casos fue paralizar proyectos energéticos, dejando sin efecto el acto administrativo que autorizó dicho proyecto. La segunda tendencia que mostraron los tribunales fue establecer que el recurso de protección era improcedente para impugnar una RCA, sobretodo si el recurso se fundamentaba en la arbitrariedad (esto antes de la reforma de 2005) ya que según los sentenciadores, excedía del ámbito de conocimiento del recurso, la posibilidad de modificar la calificación ambiental del proyecto, materia que no competía a los tribunales. Y la tercera y última tendencia fue denominada mixta o “ecléctica”, y consistía en que los sentenciadores reconocían la procedencia del recurso, teniendo la posibilidad de anular en esta sede una calificación ambiental ilegal y/o arbitraria, pero nunca revisar los aspectos técnicos del proyecto, circunstancia sometida al conocimiento exclusivo de la autoridad administrativa.⁹⁰

Esta última tendencia fue constante en los tribunales, a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema al pronunciarse sobre la apelación del segundo fallo del famoso “caso Trillium”, rol 2684-98, aduciendo entre otras cosas que, en el llamado que hace la ley para conocer en esta sede sobre proyectos industriales mediante el recurso de protección “*no forma parte de su estudio, el pronunciarse sobre las bondades técnicas de un proyecto (...) ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia*”. Lo que coincidía con lo establecido en el considerando 19° del fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 46-98 que al referirse a los hechos de carácter técnico aducía: “*escapa a los márgenes de este procedimiento sumarísimo, quedando su resolución entregada al conocimiento de los organismos jurisdiccionales especializados que la citada Ley 19300 contempla*”. Lo anterior, resulta interesante, toda vez que el mismo raciocinio realizado en este caso, sería utilizado en el fallo de la Corte Suprema en el caso Celco en Valdivia, caratulado “Vladimir Riesco y otros contra Celulosa Arauco S.A.”, sentencia del 30 de mayo de 2005, que

⁹⁰ Cfr., Vargas, R., Ob. Cit., pp. 460-468

en su considerando 10° establecía: *“Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida(...) siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los Órganos Jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la Administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad han sido arbitrarios o ilegales”*. En el mismo sentido, la causa rol 764-2002 de la Corte Suprema referente al “caso Itata”, reafirma el monopolio que el órgano jurisdiccional le atribuye al ente administrativo, llegando incluso a dudar de si una RCA puede efectivamente causar daño al medio ambiente. Señala el considerando 4° de la sentencia del caso Itata, que la RCA se trata de una: *“autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura (...) este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente.”* Como se puede apreciar, la tendencia mayoritaria de la Corte fue considerar el análisis técnico de una RCA como apartado del análisis jurídico de los sentenciadores, reconociendo la experticia y la calificación ambiental, como funciones exclusivas y excluyentes del órgano administrativo. Lo anterior, sin embargo, da un vuelco a partir de tres casos emblemáticos: el caso de la central Campiche, caso del Tranque de Relave El Mauro y la reciente sentencia del caso Central y Puerto Castilla.

4.2 Posibilidad de revisión judicial de la RCA. Especial referencia al Caso Campiche y Caso Tranque el Mauro.

Del análisis de la jurisprudencia de los últimos 10 años se ha visualizado un cambio en la tendencia y en el criterio de las Cortes Superiores de Justicia, en torno a clarificar cuál es el papel que juega el órgano jurisdiccional al conocer un recurso de protección que impugna una RCA. En el apartado anterior verificábamos en términos generales las tendencias en que se daba cuenta del corte que en un momento se produjo ante la posibilidad de conocer los aspectos técnicos de un proyecto. Fallos como el Itata o el caso Celco en Valdivia, son indicios claros del reconocimiento a la función exclusiva del ente administrativo al pronunciarse acerca de la calificación ambiental de un proyecto y el análisis que el mismo realiza de los hechos técnicos de la calificación. Por varios años la Corte Suprema mantuvo la tesis de la improcedencia del recurso frente a análisis de los aspectos técnicos de un proyecto, limitándose sólo a fallar en torno a la ilegalidad de la RCA impugnada. No obstante aquello, existen dos fallos que ponen en jaque sobretodo, la certeza

jurídica emanada del órgano jurisdiccional, ya que transforma todo lo anteriormente visto y sentenciado: nos referimos al caso Campiche y el Tranque El Mauro.

En el caso Campiche recurrió Ricardo Correa Drubi por sí y representación de la ONG Chinchimén en contra de la RCA N° 499 de la COREMA Región de Valparaíso que calificó favorablemente el EIA de la central Termoeléctrica Campiche cuyo titular era la empresa chilena AES Gener. La ilegalidad sostenida por el recurrente provenía del hecho que la referida Central Termoeléctrica pretendía emplazarse en una zona de restricción primaria para el asentamiento humano por inundación, según el plano regulador intercomunal de Valparaíso, Quintero y Puchuncaví, lo que significaba que el uso del suelo sólo admitía el desarrollo de áreas verdes y recreacionales, como propias del uso de playas con instalaciones mínimas afines, tales como sombradores, camarines transitorios, etc., antecedente que no fue ponderado por la Comisión de Evaluación de ese entonces. La restricción anterior fue levantada en forma previa, por la resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Puchuncaví, en base a lo dispuesto en el artículo 2.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC)⁹¹ que permite levantar la restricción en casos “fundados”, previa presentación de estudios técnicos y sólo cuando la construcción de obras subsane los motivos por los cuales se origina la restricción o zona de riesgo⁹². Más allá de la “vista gorda” que hizo la administración respecto a la restricción, la Contraloría y la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunciaron sobre el caso, y ambos entes coincidieron en la poca fundamentación que tuvo el levantamiento de la restricción, ya que el EIA que sirvió de base a la Dirección de Obras, no aparecía suficientemente razonado debido a que la introducción de la restricción al plano regulador, que contenía las causales para calificarla como “zona de riesgo” nunca fue analizada por la COREMA, y además porque la propia SEREMI de Urbanismo y Construcciones, que participa como órgano sectorial en la evaluación de impactos, sólo se limitó a respaldar dicha interpretación urbanística y nunca se detuvo a analizarla. La CGR en su Dictamen N° 59.822 del 17 de diciembre de 2008 establecía que: *“Si bien se advierte que la empresa AES Gener S.A. presentó a la Municipalidad de Puchuncaví el Estudio Hidráulico y Diseño de Protecciones Fluviales Estero Campiche(...) no ha sido posible determinar los fundamentos técnicos del establecimiento de la zona de riesgo de que se trata (...) toda vez que requerida a la indicada Secretaría Regional Ministerial una copia de la memoria del Plan Regulador Intercomunal de*

⁹¹ Artículo 2.1.17 inciso 5° OGUC: Para autorizar proyectos a emplazarse en áreas de riesgo, se requerirá que se acompañe a la respectiva solicitud de permiso de edificación un estudio fundado, elaborado por profesional especialista y aprobado por el organismo competente, que determine las acciones que deberán ejecutarse para su utilización, incluida la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente conforme a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuando corresponda. Este tipo de proyectos podrán recibirse parcial o totalmente en la medida que se hubieren ejecutado las acciones indicadas en el referido estudio. En estas áreas, el plan regulador establecerá las normas urbanísticas aplicables a los proyectos una vez que cumplan con los requisitos establecidos en este inciso.

⁹² Cfr., Guiloff, M., “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago (2010), pp. 204-219, disponible en <http://www.derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2010/08/anuario2010-mguiloff.pdf>, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

Valparaíso, ésta aún no ha remitido tal documento, señalando, por su oficio N° 786, de 2008, que no ha sido posible encontrarlo”. Mismo razonamiento sostuvo la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el considerando 20°, causa rol 317-2008 del 8 de Enero del 2009, quien reafirmando el dictamen de la CGR sostenía: *“Que la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone -artículos 43 y 45- que cualquier cambio del uso del suelo se tramitará como modificación del Plan Regulador, lo que en este caso no se tuvo a la vista por la Comisión del Medio Ambiente de esta Región (...)”*. La Corte Suprema por su parte, no se pronunció acerca de este antecedente, por el contrario, apuntó a que lo relevante no era el carácter fundado del estudio, sino la falta de un pronunciamiento claro de la autoridad administrativa acerca de si el proyecto cumplía o no con los requisitos para establecerse en una zona de riesgo.⁹³ Sumado a lo anterior, la Corte incluye un considerando que para los efectos de este subcapítulo resulta de suma importancia. El considerando 3° establece: *“En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad (...) hace conducente que la Resolución que dicte la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente respecto de un proyecto de impacto ambiental pueda ser impugnada por el presente arbitrio constitucional”*. Lo que termina por confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones que dejó sin efecto la resolución de la COREMA Valparaíso que aprobó el proyecto y representa al mismo tiempo, el vuelco en los criterios jurisprudenciales respecto al uso del recurso de protección como mecanismo de impugnación, pasando de una constatación formal en la fase de tramitación del recurso, al análisis judicial de los aspectos técnicos de un proyecto.

Otro de los fallos controvertidos fue el caso del Tranque el Mauro, en la comuna de Los Vilos, provincia de Choapa en la Cuarta Región de Coquimbo que mantuvo – en parte- la tendencia seguida en el caso Campiche. El “Proyecto Integral de Desarrollo” consistía en la construcción de un tranque de relave⁹⁴ que almacenaría alrededor de 2.060 millones de toneladas de desecho provenientes de la actividad de la Minera Los Pelambres cubriendo una superficie de 2.200 hectáreas y la ampliación de las actividades de la mina⁹⁵. El problema se presentaba kilómetros más abajo, en el sector de Caimanes, donde la mayoría de sus habitantes, dedicados a la agricultura verían perjudicado el riego de sus campos por la disminución del caudal del estero Pupío, que se alimentaba precisamente de las vertientes generadas en el sub-valle en el sector El

⁹³ Sentencia Corte Suprema Rol 1219- 2009 de 22 de junio de 2009, Considerando 8°: *“Es decir, la autoridad local sólo atendió a que hubieren sido subsanados los motivos de seguridad que determinaron que la zona fuera definida como área de riesgo, pero omitió comprobar si el proyecto que autorizaba cumplía los requisitos y condiciones para ser emplazado en ese lugar.”*

⁹⁴ “Escoria que deriva de la producción de mineral que se lleva a cabo en la empresa minera ya indicada, denominado relave, que no viene a ser entonces sino una suerte de basura, y que resulta como producto necesario de dicha actividad” (Considerando 19° Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago causa rol N° 12.004 – 2005)

⁹⁵ Cfr., Tórtora, H., “Comentarios sobre el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el “caso Pelambres” (Opiniones acerca de lo que es y acerca de lo que no es)”, en *Revista de Derecho Ambiental Justicia Ambiental*, Año 1, N°1, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago (2009), pp.290-306, disponible en <http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2009/10/revista-justicia-ambiental.pdf>, consultado el día 11 de Diciembre de 2012.

Mauro. La COREMA de la Región de Coquimbo, mediante resolución exenta N°038 aprueba el mencionado proyecto, ante lo cual un grupo de usuarios dedujo reclamación en contra de la Directora Ejecutiva, la que fue rechazada íntegramente. Luego de aquello, no se intentaron acciones judiciales en contra de dicha resolución por lo que las acciones en sede ambiental, quedaron aparentemente cerradas, confirmando la decisión administrativa. Sin embargo, el 30 de diciembre del 2005 se presenta ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de reclamación en contra de la resolución N° 1791 del Director General de Aguas⁹⁶ que rechazó las oposiciones de los regantes del estero Pupío ante la vulneración de los derechos de aprovechamiento a consecuencia de la construcción del tranque El Mauro. En los hechos, minera Los Pelambres solicitó a la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) la construcción de obras mayores sobre cauces, lo que provocó la oposición de los regantes, toda vez que según ellos, la minera pretendía cerrar el acceso al sector El Mauro mediante la construcción de un muro como parte del tranque. Para lograr estabilidad del muro además, se afectarían los cursos superficiales y subterráneos de agua, perjudicando los derechos de aguas constituidos y de paso, afectando el riego en época de sequía. Dicho recurso de reclamación es acogido por la Corte de Apelaciones, dejando sin efecto lo resuelto por la DGA que, no obstante tratarse de una materia de derecho de aprovechamiento y no de la función exclusiva de la administración en la dictación de una RCA, y por lo demás no haberse tratado de un caso en el que el recurso de protección actúa como impugnación, el fallo aporta elementos nuevos en cuanto a la forma de conocimiento del ente juzgador. La Corte, luego de un exhaustivo análisis de los informes entregados y de las consecuencias que el tranque estaba produciendo, plantea una visión un tanto más activa de la manera como se estaba conociendo en sede ambiental. En el considerando 29° del fallo en comento, si bien reafirma el carácter exclusivo de la DGA para evaluar y entregar las autorizaciones de funcionamiento respectivas, termina señalando que: *“Conviene dejar constancia de la circunstancia de que este Tribunal no cuestiona (...) los informes de la autoridad competente en materia medio ambiental. Sin embargo, estima que no puede dejar de plantear sus aprensiones sobre la materia, dado que lo que atañe a tal tópico forma parte de todo el contexto de la señalada situación. Se debe tener en cuenta, además la gran trascendencia del problema que se le ha planteado, todo lo que amerita referirse a lo señalado, aunque sea a título ilustrativo”*. Ante la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago, la DGA y Minera Los Pelambres recurrieron a la Excelentísima Corte Suprema en casación. La Corte Suprema antes de fallar, citó a las partes a una audiencia de conciliación en mayo del año 2008. La gestión culminó con la compra de terrenos y derechos de aprovechamiento de los reclamantes por parte de minera Los Pelambres, bienes que ascienden a los 23 millones de dólares y además se obligó a pagar 40.000 dólares por concepto de

⁹⁶ Artículo 137 inciso 1° Código de Aguas: “Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda”.

daños que producirían las gestiones mineras en el sector. El acuerdo fue aprobado por el máximo tribunal y hoy se encuentra ejecutoriado, terminando de esa forma una larga batalla que sepultó la posibilidad de rescatar el sub-valle El Mauro y el estero Pupío y de paso, confirmó la tendencia del órgano jurisdiccional en temas técnico-administrativos.

Finalmente analizaremos el fallo de la Central Castilla, que también viene a sentar un nuevo precedente respecto al recurso de protección y la impugnación de una RCA. El fallo dictado por la Corte Suprema, causa rol acumulado 1960-2012, del 28 de agosto de 2012, versa sobre dos recursos interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, uno contra la Resolución Exenta N° 254 de 23 de diciembre de 2010 del SEA Atacama que aprobó el proyecto “Puerto Castilla” cuyo titular era Empresas OMX Operaciones Marítimas Ltda., el cual fue rechazado por sentencia rol 1960-2012 del tribunal ad quo y revocado por el máximo tribunal en sede de apelación; y el otro recurso, rol 2703-2012, sentencia de la misma Corte que invalida la Resolución Exenta N° 578 de 15 de febrero de 2011 que aprobó el “Proyecto Central Termoeléctrica Castilla”, cuyo titular era CGX Castilla Generación S.A. y que es confirmado por la Corte Suprema. Ahora bien, la particularidad que tiene este fallo es la forma como se pronuncia la Corte Suprema acerca de las particularidades técnicas de ambos proyectos, sentenciando la realización de un nuevo EIA que incluyera a ambos, no obstante pertenecer a titulares distintos. La Corte en sus considerandos, fuera de limitarse a un análisis formal del recurso y establecer los vicios de ilegalidad que contenían las respectivas resoluciones del órgano administrativo, resuelve obligando a las empresas a someterse a un solo EIA, constituyendo –a su juicio- ambos proyectos una unidad, por lo que no debieron tramitarse por separado, en circunstancias que la calificación separada de proyectos estaba expresamente permitido en la ley, excepto en los casos en que el titular intentara evitar la evaluación correspondiente, dividiendo el proyecto por etapas⁹⁷, por tanto, la calificación estaría ajustada a derecho⁹⁸. El considerando 23° establece: “(...) *En efecto, tal como se ha dicho, el puerto tiene como principal cliente y finalidad abastecer a la Central Termoeléctrica, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo diesel que se suministra a través del Puerto, de tal forma que nítidamente existen tres unidades para una misma actividad que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas*”; sentenciando que: “*Se dispone como medida de tutela constitucional que los titulares de los Proyectos Puerto Castilla y Central Termoeléctrica Castilla deben presentar un estudio de impacto ambiental que considere los dos proyectos en forma conjunta y su conexión para la transferencia del carbón y del petróleo Diesel B, en su caso, desde el*

⁹⁷ Artículo 11 bis. Ley 19300: Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. /No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

⁹⁸ Cfr., Centro de Estudios Públicos Libertad y Desarrollo, “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador”, en *Temas Públicos*, N° 1.077, Santiago (2012), pp.1-6, disponible en <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/09/tp1077fallocal Castilla.pdf>, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

primero hacia la segunda”. En suma, lo que realizó la corte fue, primero, innovar razonando en apego a la ley, pero sentenciando de acuerdo a un criterio que escapa de ella, ya que decide fusionar ambos proyectos en un solo EIA, en circunstancia que la misma Ley de Bases del Medio Ambiente permitía la calificación separada en este caso. Y segundo, relacionado con el punto anterior, la Corte al fallar de esa forma se arroga la calidad de experto técnico, más allá de la simple revisión de la legalidad de actos y procedimientos, realizando no un control estrictamente jurisdiccional sino de mérito, al evaluar y determinar directamente la forma cómo se deben evaluar los proyectos, lo que escapa de sus atribuciones.⁹⁹

La posibilidad de revisión judicial de los actos administrativos como la RCA, pugna con la falta de experticia que tienen los jueces, pero también genera ciertos cuestionamientos a partir del imperativo constitucional del artículo 76 CPR inciso 2°, es decir, el principio de inexcusabilidad. La obligación mandatada por la Constitución, muchas veces impide abstraerse de conocer asuntos de carácter técnico inmersos en un procedimiento tan breve y sumario como el del recurso de protección, más aún cuando dicha vía de acción es cada vez más utilizada por los afectados en sus derechos. Desde otra arista, también es posible afirmar que el órgano administrativo a cargo de la evaluación ambiental no tiene por qué ser impugnado mediante la acción de protección, siempre estará la posibilidad ante una RCA favorable, de imputar la falta de servicio ante cualquier daño ambiental posterior, instancia no resuelta en forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia. Y por último, la revisión judicial de la RCA mediante el recurso de protección, como veíamos en los considerandos de las cortes, busca la paralización de los proyectos energéticos más importantes, que afecta intereses económicos legítimamente ejercidos por los titulares, lo que sin duda también genera conflictos con el artículo 21 de la CPR en cuanto a la posibilidad de ejercer cualquier actividad económica no contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres. Son todas preguntas inconclusas que se acentúan conforme las cortes cada vez que fallan, demuestran una tendencia más marcada hacia el pronunciamiento que a la abstención, cuando se trata de aspectos técnicos de una RCA.

⁹⁹ Ídem.

CONCLUSIONES

1.- El Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha experimentado una evolución tal, que el alcance y naturaleza jurídica lo ha convertido en una prerrogativa autónoma, independiente de otros derechos y de titularidad amplia.

2.- El doble deber del Estado en materia ambiental, lo obliga a asegurar el debido respeto a las normas y reglamentos de índole ambiental, a través, principalmente, de los órganos administrativos que operativizan dicho deber: El Servicio de Evaluación Ambiental y la Comisión de Evaluación, todo dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como instrumento de gestión.

3.- La RCA representa el estándar de cumplimiento estatal del doble deber, toda vez que, en base al principio de ventanilla única, canaliza todas las observaciones y pronunciamientos sectoriales en una sola gran calificación, obligatoria para todos los órganos de la administración e investida con la presunción de legalidad del acto administrativo conforme a la Ley 19.880 LPA.

4.- En el procedimiento de dictación de la RCA, el órgano administrativo está facultado por Ley a calificar discrecionalmente si las medidas de mitigación, compensación y reparación son adecuadas, elemento condicionante de una RCA positiva o negativa, lo que implica un juicio subjetivo de la administración en base a la habilitación que la ley le entrega y convierte por tanto, a la RCA en un acto discrecional.

5.- El Recurso de Protección Ambiental se alza como la vía judicial más breve y efectiva para impugnar una RCA disponible en el ordenamiento, debido a su procedimiento sumario y a su amplia titularidad, en comparación con los otros recursos administrativos dispuestos tanto en la Ley 19.300 como en la Ley 19.880, éstos últimos con carácter supletorio.

6.- La reforma constitucional del año 2005, que elimina el requisito de arbitrariedad para recurrir, demostró ser más que un refuerzo, un debilitamiento de la acción de protección, toda vez que impidió a los afectados impugnar actos administrativos discrecionales como la RCA, no porque discrecionalidad y arbitrariedad sean sinónimos, sino porque la primera sienta las bases para que se produzca la segunda.

7.- La ineficacia de las vías administrativas ordinarias, sumada a la mala práctica de la discrecionalidad técnica por parte de la administración, en sede de calificación ambiental, aumentó la demanda del recurso y demostró la falta de un mecanismo de impugnación rápido, eficiente y competente que conociera de los aspectos técnicos del proyecto y en base a ello invalidara una RCA.

8.- En este orden de cosas, la facultar de interpretar administrativamente la RCA por parte del SEA, prescrito en el artículo 81 letra g) de la Ley 19.300, permite llenar el vacío legal dejado por la reforma del 2005 mediante la fijación de criterios que eviten decisiones arbitrarias de las comisiones de evaluación. Así, bastará que la calificación no se adecúe a la interpretación del servicio para que se transforme en inválida, evitando el uso excesivo de la acción de protección como vía de impugnación jurisdiccional.

9.- Sin perjuicio de lo anterior, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema fundamentalmente, a través de sus diversos fallos, han adoptado nuevas tendencias en sede de protección, vinculadas en su mayoría al pronunciamiento de cuestiones técnicas emanadas de la RCA, transformándola muchas veces en una sustituta de la función administrativa, exclusiva por lo demás de las Comisiones de Evaluación, lo que genera una pugna entre el Principio de Inexcusabilidad de los jueces y la falta de experticia en el control de mérito que realizan las cortes al conocer asuntos técnicos.

10.- La puesta en marcha de los nuevos Tribunales Ambientales será sin duda, la mejor respuesta al problema precedente, su composición mixta y su carácter de tribunal de primera instancia, si bien es cierto no evitará que igualmente conozca la Corte Suprema en sede de reclamación, trayendo a colación la misma dificultad al conocer de asuntos técnicos de una RCA, evitará el uso excesivo del recurso de protección, con todos los inconvenientes que ello trae, y además, junto con la Superintendencia de Medio Ambiente, serán los encargados de limitar la discrecionalidad técnica en el SEIA y de esa manera, hacer frente a una problemática que atañe a todos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y a la ciudadanía entera. No será sino hasta su entrada en funcionamiento cuando podamos arribar a nuevas conclusiones, por ahora, disponemos del SEA y sus facultades, y a eso nos debemos atener.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión número 18, celebrada el 22 de Noviembre de 1973, disponible en <http://actas.minsegres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=513>, consultado el día 08 de Junio de 2012.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión número 186 celebrada el 22 de Noviembre de 1973, disponible en <http://actas.minsegres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=203>, consultado el día 08 de Junio de 2012

ALARCÓN JAÑA, Pablo, *Discrecionalidad Administrativa, un Estudio de la jurisprudencia chilena*, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000

ASTORGA JORQUERA, Eduardo, *Derecho Ambiental Chileno, Parte General*, Ed. LexisNexis, Santiago (2007)

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “El Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°21 (2000), disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/451/422>, consultado el día 07 de junio de 2012

BERTELSEN REPETTO, Raúl, “El Recurso de Protección y el Derecho a vivir en un Medio Ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de Jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 25, N°1 (1998), disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=2650056, consultado el día 7 de Junio de 2012

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*, Ed. Fallos del mes, Santiago (2004)

CÁCERES URRUTIA, Ignacio, “Recurso de protección en contra de actos administrativos dictados en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley N° 19.300”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago (2004)

CARUZ ARCOS, Eduardo, *Discrecionalidad Técnica y Evaluación de Impacto Ambiental en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, disponible en formato digital en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/06/DISCRECIONALIDAD.htm>, consultado el día 11 de Diciembre de 2012.

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS LIBERTAD Y DESARROLLO, “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador”, en *Temas Públicos*, N° 1.077, Santiago (2012), disponible en <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/09/tp1077fallocastilla.pdf>, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

CORREA MARTÍNEZ, Eduardo, “El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la certeza jurídica: Elementos para una discusión necesaria”, en Valentina Durán (coord.), *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006)

DINAMARCA GÁRATE, Jaime, *Evaluación de Impacto Ambiental, Análisis del reglamento actualizado*, Segunda Edición, Ed. LexisNexis, Santiago (2003)

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, “El Recurso de Protección y la Acción de Nulidad de Derecho Público, en relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile”, en *Revista de Derecho Ambiental Justicia Ambiental*, Año 3, N°3, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago (2011), disponible en <http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2011/12/Revista-final.pdf>, consultado el día 07 de Octubre de 2012.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando, “La modificación del inciso 2° del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006)

DURÁN MEDINA, Valentina, “Caso “CELCO”: Un fallo Controvertido de la Excma. Corte Suprema. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año II, N°2, Santiago (2006), disponible en http://www.derechoambiental.uchile.cl/files/revistas/revista_derecho_ambiental_2.pdf, consultado el día 08 de junio de 2012.

GALINDO VILLARROEL, Mario, “Diagnóstico y reforma de los procedimientos jurisdiccionales ambientales”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006)

GALINDO VILLARROEL, Mario, “El “Caso Itata”: sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Año I, N°1, Santiago (2003), disponible en <http://es.scribd.com/doc/62730471/Revista-de-Derecho-Ambiental-n1-UCh>, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1992

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, *La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, aspectos sustantivos y adjetivos, historia, doctrina y jurisprudencia*, Ed. LexisNexis, Santiago, (2005)

GUILOFF, Matías, “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago (2010), disponible en <http://www.derechoambiental.udp.cl/wp-content/uploads/2010/08/anuario2010-mguiloff.pdf>, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

LEIVA SALAZAR, Felipe “El uso de la invalidación administrativa de la Ley N° 19.880 en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago, 2004

RAMÍREZ SIERRA, José, “Impugnación Judicial de los Actos Administrativos dictados en el Procedimiento de Evaluación Ambiental”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Año 1, N° 3, Santiago (2001), disponible en https://www.cde.cl/wps_migrated/wcm/connect/3f504c004fbf855886b7af46ce4e7365/9.pdf?MO=D=AJPERES, consultado el día 11 de diciembre de 2012.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo XCIV (1997), N°1 (Enero-Abril), Sección 5, disponible en <http://www.pabloruiz-tagle.cl/blog/wp-content/uploads/2011/05/I.-5-material-III-Jurisprudencia-2011.pdf> , revisado el día 11 de diciembre de 2012

RIESCO BAHAMONDES, Vladimir. “La Falta de servicio en relación con el deber del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado”, en Pinochet, J (coord.), *Prevención y resolución de conflictos ambientales: vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas*, editorial LexisNexis, Santiago (2004)

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N°2, Universidad de Talca, Talca (2006), disponible en http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/8.pdf, consultado el día 08 de Junio de 2012.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “Comentarios sobre el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el “caso Pelambres” (Opiniones acerca de lo que es y acerca de lo que no es)”, en *Revista de Derecho Ambiental Justicia Ambiental*, Año 1, N°1, Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), Santiago (2009), disponible en <http://www.fima.cl/wp-content/uploads/2009/10/revista-justicia-ambiental.pdf>, consultado el día 11 de Diciembre de 2012.

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho Ambiental. Presente y pasado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago (2010)

VARGAS DELGADO, Iris, “Las Funciones de la Contraloría General de la República y la fiscalización medioambiental. Especial referencia a la función dictaminadora”, en Valentina Durán (coord.) *Institucionalidad e Instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago (2006)

VARGAS MIRANDA, Rafael, *Instituciones de Derecho Ambiental, El recurso de protección ambiental*, Ed. Metropolitana, Santiago (2007)